

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

ÉTUDE SUR L'ADAGE  
UXOR NON EST PROPRIE SOCIA  
SED SPERATUR FORE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le vendredi 20 décembre 1901, à une heure*

PAR

ALBERT CHÉRON

LICENCIÉ ÈS LETTRES

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT (3 Prix et une Mention)

---

*Président : M. LEFÈVRE.*

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } Professeurs.*  
*SAEILLES, }*

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—  
1901









Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41550226\\_0055](https://archive.org/details/IA41550226_0055)



THÈSE  
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

ÉTUDE SUR L'ADAGE  
UXOR NON EST PROPRIE SOCIA  
SED SPERATUR FORE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*Sera soutenu le vendredi 20 décembre 1901, à une heure*



PAR

ALBERT CHÉRON

LICENCIÉ ÈS LETTRES

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT (3 Prix et une Mention)

---

*Président : M. LEFÈBVRE.*

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } Professeurs.*  
*SALEILLES, }*

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—  
1901





# TABLE DES MATIÈRES

|                        |               |
|------------------------|---------------|
| BIBLIOGRAPHIE. . . . . | Pages<br>XIII |
| INTRODUCTION . . . . . | 1             |

Origine et signification de l'adage, p. 1. — Dans quelle mesure les principes de la société peuvent théoriquement s'appliquer aux rapports pécuniaires entre époux, p. 5. — Objet, délimitation et plan de l'ouvrage, p. 9.

## PREMIÈRE PARTIE

### L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

#### CHAPITRE PREMIER. — **La communauté au XIII<sup>e</sup> siècle** . 15

Conciliation de la puissance maritale avec la notion de société conjugale, p. 15.

*Concours des époux*. — Aliénation des propres et des conquêts, p. 19. — Pourquoi ce concours ne présentait pas d'intérêt en matière d'obligations, p. 25.

*La femme s'obligeant avec la communauté*, p. 27 ; — comme commerçante, p. 28 ; — comme gérante intérimaire, p. 29 ; — dans ses attributions domestiques, p. 30.

*Obligations de la femme comme commune en biens*, p. 32. — La séparation de biens existait-elle ? p. 33. — Le droit de renoncer à la communauté était-il général ? p. 36.

*Pouvoirs du mari*, p. 38. — Obligation alimentaire, p. 39. — Traits distinctifs de la société conjugale au XIII<sup>e</sup> siècle, p. 40.

#### CHAPITRE II. — **Les principes nouveaux de la communauté au XVI<sup>e</sup> siècle**. . . . . 43

Comment les immeubles sont devenus saisissables pour dettes, p. 44. — Contre-coup de cette transformation sur le fonctionnement de la communauté, p. 46. — Réforme nécessaire, p. 47.

Influence doctrinale romaine, p. 49. — Comment l'incapacité du sexe a servi à protéger les immeubles. Critique de ce procédé, p. 51.

Ce que devient la société conjugale combinée avec l'incapacité du sexe, p. 54.

### CHAPITRE III. — Action commune des époux . . . . . 60

Comment disparut la renonciation au douaire, qui au XIII<sup>e</sup> siècle réalisait pratiquement ce concours, p. 60.

Nouveau terrain où se manifeste le concours des époux. Le Velléen dans la communauté, et les renonciations au Velléen, p. 64.

— Opinion de Dumoulin, p. 67. — Abolition du Velléen, p. 70.

— La femme caution du mari, p. 72. — Influence de la femme au moyen du sous-ordre hypothécaire, p. 73.

### CHAPITRE IV. — La femme agissant pour la communauté . . . . . 76

Comment l'incapacité de la femme a produit l'autorisation supplétive de justice, p. 76. — Effets de cette autorisation, p. 78. — Cas exceptionnels où la femme agit librement, p. 80.

Attributions domestiques. Théorie du mandat tacite, p. 81.

Obligations délictuelles. Incapacité de fait et de droit de la femme, p. 85.

### CHAPITRE V. — Des obligations de la femme commune en biens . . . . . 88

*Prérogatives légales.* — Séparation de biens judiciaire, p. 89. — Droit de renonciation et bénéfice d'émolument, p. 91. — Obligations dont la femme n'est pas tenue, p. 95.

*Prérogatives conventionnelles.* — Clauses de réalisation, p. 97 ; — de séparation des dettes, p. 98 ; — de préciput, p. 99 ; — de reprise d'apport franc et quitte, p. 101 ; — de forfait de communauté, p. 101.

### CHAPITRE VI. — Pouvoirs et responsabilités du mari . . . 105

*Ses pouvoirs.* — Le mari seigneur et maître, p. 106. — Tempéraments : le « sans fraude » de la coutume de Paris, p. 108. — Obligations délictuelles, p. 111. — Pouvoirs sur les propres de la femme, p. 112.

*Ses responsabilités.* — Origines et développements de la théorie des récompenses, p. 114. — Avantages de la femme, 120. — Hypothèque légale, p. 124. — Clause de franc et quitte, p. 127.

L'adage de Dumoulin au XVIII<sup>e</sup> siècle, p. 128.

## DEUXIÈME PARTIE

## LE DROIT FRANÇAIS MODERNE.

CHAPITRE PREMIER. — **Le Code civil et les théories générales sur la communauté . . . .** 131

Les projets de Cambacérès, p. 131. — L'innovation de l'article 1422, p. 133. — Une contradiction dans les travaux préparatoires, p. 134. — Méthode à suivre, p. 136. — Théorie de Toullier, p. 137. — Théorie de la personnalité morale de la communauté et théorie de l'indivision. Raisons d'adopter cette dernière doctrine, p. 138. — Théorie de la propriété en main commune. Critique, p. 145. — La femme comparée à un commanditaire, p. 150.

CHAPITRE II. — **Pouvoirs et responsabilité du mari quant à la gestion des biens communs . . . .** 153

Interprétation de l'article 1422, p. 153. — Sanction. Le mari qui agit comme chef de la communauté, représente-t-il pour partie sa femme ? Contradictions de la jurisprudence, p. 158. — Dans quelle mesure le mari doit-il compte de sa gestion ? p. 162.

CHAPITRE III. — **Pouvoirs et responsabilité du mari comme administrateur des biens de la femme. . . . .** 167

Comment ces fonctions se rattachent à celles de chef de communauté et s'en distinguent, p. 167. — Conflits possibles entre ces deux fonctions :

*Quant aux propres immobiliers.* — Aliénation d'un immeuble de la femme sans son consentement, p. 170. — Remploi, p. 174. — Achat de parts indivises ; retrait d'indivision, p. 176.

*Quant aux propres mobiliers,* p. 179. — Dans quelle mesure et à quelles conditions les meubles de la femme peuvent-ils pratiquement être soustraits aux pouvoirs du mari ? p. 180.

Les garanties dont la femme jouira dans la liquidation, doivent-elles la priver du droit de défendre ses propres durant la communauté ? p. 186.

CHAPITRE IV. — **Concours de la femme aux actes du mari. Subrogation à l'hypothèque légale. . . . .** 189

Suppression du sous-ordre hypothécaire, p. 190. — Comment la pratique l'a remplacé par le pacte de subrogation, p. 193. —



Perfectionnements de cette institution, p. 194.

Développement du pacte de subrogation par l'effet de la jurisprudence. Hypothèque sur les conquêts. Controverses sur le fondement de cette hypothèque et sur les effets des subrogations dont elle est l'objet, p. 200. — Spécialisation de la subrogation, p. 205. — Controverse sur l'alinéa 5 de la loi du 13 février 1889, p. 207. — Limites mises au crédit hypothécaire de la femme, p. 209. — Extension de ce crédit par le nombre des créances garanties, p. 212.

Inutilité de cette institution dans nombre de ménages, p. 214.

#### CHAPITRE V. — **Concours de la femme aux actes du mari. Hypothèses diverses . . . . .** 216

Donation d'un conquêt ou d'une quotité du mobilier, p. 218. — Obligation conjointe ou solidaire, p. 218. — Constitutions de dots, p. 221. — Partages d'ascendant, p. 223. — Mesures de prévoyance au profit du survivant, p. 225.

#### CHAPITRE VI. — **Des actes juridiques de la femme et de leurs effets sur la communauté. . . . .** 228

Nécessité pratique d'un rôle actif de la femme, p. 228. — Autorisation maritale et autorisation de justice, p. 232. — Controverse sur l'analyse et les effets de l'autorisation maritale, p. 233. — La communauté peut-elle être obligée par la femme autorisée en justice en dehors des cas prévus par l'article 1427 ? p. 234. — Le juge peut-il autoriser la femme à faire le commerce ? p. 237. — Situation de la femme de l'interdit, du prodigue, de l'absent, p. 239. — *Quid* avant la déclaration d'absence ? p. 242.

#### CHAPITRE VII. — **Des attributions domestiques de la femme. . . . .** 244

Théorie traditionnelle du mandat tacite ; sa critique, p. 244. — Efforts de la jurisprudence vers l'idée d'*autorisation tacite*, p. 247. — Jurisprudence plus récente : la *versio in rem*. Critique, p. 249. — Applications diverses du mandat tacite. Lois sur l'épargne de la femme, p. 251. — Construction doctrinale du *mandat légal*. Critique, p. 255. — L'idée de pouvoir propre et indépendant peut-elle se concilier avec l'incapacité de la femme ? p. 256.

#### CHAPITRE VIII. — **Des dispositions d'ordre public dans la communauté et de leurs conséquences. . . . .** 258

Autorité du mari comme chef, p. 259. — Prohibition des donations irrévocables ou déguisées, p. 259. — Défense de modifier les

conventions matrimoniales, p. 260. — Clauses conciliables avec les droits du mari, p. 261. — Combinaison du régime dotal avec une société d'acquêts, p. 263. — Société ordinaire entre époux communs, p. 265. — Constitution de rente viagère au profit du survivant, p. 269. — Constitution d'assurance sur la vie, p. 271.

**CHAPITRE IX. — Dissolution et liquidation de la communauté . . . . . 278**

Les prérogatives de la femme ont-elles encore leur raison d'être? p. 278. — Droit de demander la séparation de biens, p. 280. — Droit de renonciation et bénéfice d'émolument, p. 282. — Récompenses et hypothèque, p. 284. — Controverse sur la nature de l'action en récompense, p. 285. — Avantages conventionnels, p. 291. Sens actuel de l'adage de Dumoulin, p. 292.

**TROISIÈME PARTIE**

**LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES  
ET LES PROJETS DE RÉFORME.**

**CHAPITRE PREMIER. — Considérations générales. . . . . 295**

Résumé des critiques formulées contre la communauté française, p. 295. — Nécessité de rétablir la femme dans sa capacité. Quels pouvoirs lui attribuer ? p. 298. — Examen et critique des idées féministes au point de vue philosophique et social, p. 299. — Fruit à retirer de ces idées, p. 308.

**CHAPITRE II. — Législations féministes . . . . . 310**

1. — *Législations anglaise et américaine.* — Ancienne législation, p. 310. — Origine des pouvoirs de la femme aux Etats-Unis : les assurances et le *homestead*, p. 312. — Exagération de son indépendance, p. 315. — Nouvelle législation anglaise, p. 316. — Critique de ces législations, p. 319.

2. — *Avant-projet du Code civil belge.* — Erreurs de l'auteur sur l'esprit de notre communauté, p. 324. — Principe de l'administration commune et critique de ce système, p. 326.

**CHAPITRE III. — Les réformes favorables à la femme en dehors de la communauté. . . . . 329**

1. — *Code italien de 1865.* — Séparation de biens. Vestiges de l'incapacité du sexe. Critique, p. 329.

2. — *Régime de droit commun du Code civil allemand.* — Pourquoi ce régime n'est pas une communauté, p. 332. — Principes de ce régime, p. 333. — Capacité de la femme, p. 334. — Biens réservés, p. 335. — Le mari a-t-il un pouvoir de contrôle suffisant ? p. 337. — Biens apportés ; pouvoirs du mari, p. 339 ; — limitation du droit de la femme, p. 340. — obligations du mari, p. 341 ; — immixtion de la femme dans la gestion, p. 342. — Pouvoirs domestiques de la femme, p. 344. — Ses pouvoirs comme remplaçante du mari, p. 346. — Analyse et critique générale du système, p. 347.

CHAPITRE IV. — **Les réformes favorables à la femme dans la communauté.** . . . . . 350

1. — *La communauté conventionnelle en Italie et en Allemagne.* Code italien ; défense de contracter une communauté plus étendue que la communauté d'acquêts ; critique, p. 350. — Communauté allemande. Théorie de la *gesammte Hand* ; est-elle utile ? p. 351. — Pouvoirs du mari dans la communauté universelle, p. 354. — Rôle du tribunal des tutelles, p. 355. — Pouvoirs de la femme, p. 356. — Droit pour le mari de demander la séparation de biens, p. 356 . . . . .

2. *La communauté en Espagne et en Portugal.* — Société d'acquêts espagnole. La femme caution du mari dans ses fonctions domestiques, p. 358. — Communauté universelle portugaise. Réserves possibles pour la femme, p. 360. — Critique, p. 363.

3. *La communauté dans les pays scandinaves.* — *Lois genevoise et belge.* — Aperçu sur les lois récentes qui, en Danemark et en Norvège, réservent à la femme certains biens sans lui en attribuer la propriété exclusive, p. 364. — Loi suédoise, p. 366. — Lois genevoise et belge sur le droit de la femme à son salaire et à ses économies, p. 368.

CONCLUSION. . . . . 371

Essais de réformes législatives en France, p. 371. — Méthode et orientation à suivre dans ces réformes, p. 372. — Esquisse d'une communauté universelle fondée sur la capacité de la femme, la diversité des fonctions entre époux, et le pouvoir de direction du mari, p. 377.

## BIBLIOGRAPHIE

---

### I. — OUVRAGES ANCIENS.

- D'Argentré** (Argentæus). — *Commentarii in patrias Britonum leges*. Parisiis, 1621, 1 fol.
- Argou**. — *Institution au droit français*, 11<sup>e</sup> édition. Paris, 1787, 2 in-12.
- Assises de Jérusalem*, éd. Beugnot. Paris, 1843, 2 fol.
- Bacquet**. — *Des droits de Justice*. Lyon, 1744, 2 fol.
- Beaumanoir**. — *Les Coutumes de Beauvoisis*, éd. Beugnot. Paris, 1842, 2 in-8°.
- Bouhier**. — *Observations sur les coutumes du duché de Bourgogne*. Paris, 1746, 2 fol.
- Bourdod de Richebourg**. — *Nouveau coutumier général*. Paris, 1724, 4 fol.
- Bouteiller**. — *Somme rurale*, éd. Charondas. Paris, 1621, 1 in-4°.
- Brodeau**. — *Recueil de plusieurs arrêts du parlement de Paris pris dans les mémoires de M<sup>e</sup> Georges Louet*. Paris, 1683, 2 in fol.
- Charondas**. — *Œuvres*. Paris, 1637, 2 fol.
- Chasseneuz** (Chassanæus). — *Consuetudines ducatus Burgundiæ*. Lugduni, 1670, 1 fol.
- Choppin** (Choppinæus). — *Opera*. Parisiis, 1663, 5 fol. (Commentaire sur la coutume d'Anjou, t. I, sur la coutume de Paris, t. III).
- Coquille** (Guy). — *Questions et réponses sur les coutumes de France*. Paris, 1634, 1 in-8°.
- Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris*. Au 2<sup>e</sup> vol. de la coutume de Paris, commentée par Brodeau, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 1669.
- Dumoulin** (Molinæus). — *Omnia quæ exstant opera*. Parisiis, 1681, 5 fol. (Commentarii in titulos antiquæ consuetudinis parisiensis, t. I. Tractatus contractuum et usurarum, et Sommaire du livre des Contrats, t. II).
- Etablissements de saint Louis*, éd. Viollet. Paris, 1886, 4 in-8°.
- Ferrière**. — *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris*. Paris, 1762, 2 in-8°.



*Grand Coutumier de France*, éd. Laboulaye et Dareste. Paris, 1868, 1 in-8°.

**Lebrun.** — *Traité de la communauté*. Paris, 1754. 1 fol.

**Léchassier.** — *Observations de la renonciation au Velléien*. Paris, 1598.

*Li livres de Jostice et de Plet*, éd. Rapetti. Paris, 1850, 1 in-4°.

**Loysel.** — *Institutes Coutumières*, éd. Dupin et Laboulaye. Paris, 1846, 2 in-8°.

**Des Mares** (Jehan). — *Décisions*. Au 2<sup>e</sup> vol. de la *Coutume de Paris*, de Brodeau.

**Papon.** — *Recueil d'arrêts notables*. Paris, 1607, 1 in-4°.

**Pontanus.** — *In consuetudines Blesentium commentariorum*, t. II. Paris, 1677, 1 fol.

**Pothier.** — *Traité de la communauté*. Au t. VII, de l'édition Bugnet. Paris, 1845, in-8°.

**Renusson.** — *Traité de la communauté*. OEuvres, éd. Sérieux. Paris, 1780, 1 fol.

— *Traité des propres*. Id.

— *Traité du douaire*. Id.

*Sachsenspiegel*. — Éd. Homeyer. Berlin, 1827, 1 in-8°.

*Schwabenspiegel*. — Éd. Von Lassberg. Tübingen, 1840, 1 in-8°.

*Très ancienne coutume de Bretagne*. Éd. Planiol. Rennes, 1896, 1 in-8°.

## II. — OUVRAGES MODERNES

### I. — *Ouvrages généraux* (1).

**Bouvier.** — *Law dictionary*. Boston, 1897, 2 in-8°.

*Documents relatifs au régime hypothécaire*, t. II. Paris, 1844, in-4°.

**Esmein.** — *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*. Paris, 1883, 1 in-8°.

**Fenet.** — *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII. Paris, 1836, in-8°.

(1) Il nous a paru superflu de donner l'indication bibliographique de certains ouvrages d'un usage courant, tels que ceux de Demolombe, d'Aubry et Rau, de Laurent, sur l'ensemble du droit civil, de de Folleville, de Rodière et Pont, de Guillouard, sur le contrat de mariage ; de même, nous avons omis de citer ici les articles de revues et de périodiques, comme aussi certains ouvrages qui ne seront cités qu'une fois ou deux, et dont l'indication bibliographique sera donnée en note.

- Fouillée.** — Tempéraments et caractères selon les individus, les sexes et les races. Paris, 1893, 1 in-8°.
- Gauthier.** — La chevalerie. Paris.
- Gierke.** — Deutsches Privatrecht (Allgemeiner Theil und Personenrecht). Leipzig, 1893, 1 Band in-8°.
- Glasson.** — Histoire du Droit et des Institutions de la France, t. VII. Paris, 1896, in-8°.
- Huber.** — Avant-projet de Code civil Suisse. Texte allemand et français. t. I. Berne, 1899, in-4°.
- Erläuterungen zum Vorentwurf, Erstes Heft. Bern, 1901, in-8°.
- Laurent.** — Avant-projet de révision du Code civil belge. Bruxelles, 1882-85, 5 in-4°.
- Lehr.** — Eléments de Droit civil anglais. Paris, 1884, 1 in-8°. Appendice renfermant les modifications apportées au droit civil anglais depuis 1883, par J. Dumas. Paris, 1899, broch. in-8°.
- Eléments de droit civil espagnol. Paris, 1880-90, 2 in 8°.
- Eléments de droit civil russe. Paris, 1877, 2 in-8°.
- Eléments de droit civil scandinave. Paris, 1901, 1 vol. in-8°.
- Traité élémentaire de droit civil germanique. Paris, 1892, 2 in-8°.
- Lepelletier.** — Traduction du Code civil portugais de 1887. Paris, 1894, 1 in-8°.
- Levé.** — Traduction du Code civil espagnol de 1889. Paris, 1890, 1 in-8°.
- Meulenaere.** — Traduction du Code civil allemand. Paris, 1897, 1 in-8°.
- Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, Band IV. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, 1888.
- Planiol.** — Traité élémentaire de droit civil. Paris, 1900-1901, 3 in-8°.
- Protokoll der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes*, Band IV. Berlin, 1896.
- Sagnac.** — La législation civile de la révolution. Paris, 1899, 1 in-8°.
- Schröder.** — Das eheliche Güterrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin, 1896, 1 in-8°.
- Stimson.** — American statute law relating to person and property. Boston, 1886, 2 in-4°.
- Viollet.** — Précis de l'histoire du droit civil français. 2<sup>e</sup> éd. Paris, 1893, 1 in-8°.

## II. — *Ouvrages spéciaux.*

- Aftalion.** — Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée. Thèse Paris, 1898.

- Barclay** (Thomas). — L'émancipation contractuelle de la femme mariée en Angleterre. Paris, 1883, broch. in-8°.
- Basset**. — Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale. Thèse Paris, 1896.
- Bridel**. — Le droit de la femme au produit de son travail. *Revue critique*, 1893.
- La condition légale de la femme mariée en droit français. Paris, 1895, broch. in-8°.
- Bureau**. — Le Homestead, Paris, 1895, 1 in-8°.
- Cubain**. — Traité des droits des femmes. Paris, 1842, 1 in-8°.
- Gaillard**. — La condition de la femme aux États Unis. Thèse Paris, 1899.
- Gide**. — Etude sur la condition privée de la femme. Éd. Esmein. Paris, 1885, 1 in 8°.
- Ginoulhiac**. — Histoire du régime dotal et de la communauté en France. Paris, 1842, 1 in-8°.
- Guntzberger**. — De l'extension des droits de la femme mariée sur les produits de son industrie personnelle. Thèse Paris, 1895.
- Laboulaye**. — Recherches sur la condition civile et politique des femmes. Paris, 1843, 1 in-8°.
- Lefebvre**. — Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français. Paris, 1900, 1 in-8°.
- Le mariage français au temps de saint Louis. Paris, 1901, broch. in-8°.
- Marchant** (Lucien). — Le douaire des enfants. Thèse Lille, 1899.
- Mérignhac**. — Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée. Paris, 1882, 1 in-8°.
- Naville**. — La condition sociale des femmes. Lausanne, 1891, 1 in-12.
- Stuart-Mill**. — L'assujettissement de la femme, trad. Cazelles. Paris, 1876, 1 in-8°.
-

## INTRODUCTION

L'article 109 de la première Coutume de Paris, rédigée en 1510, se termine par cette phrase : « Et aussi la femme est tenue, *après le trépas de son mary*, payer les debtes mobilières faites et accrûes par le défunt tant durant le mariage que paravant iceluy. » Tous les auteurs qui ont commenté ce texte ont observé que la femme commune en biens, quoiqu'elle fût l'associée de son mari, n'était pas obligée, tant que durait la communauté, par les dettes qu'il pouvait contracter, comme elle aurait dû l'être d'après les principes ordinaires de la société. Dumoulin chercha l'explication théorique de cette particularité : « C'est, dit-il, parce que la femme ne doit pas actuellement, mais pourra simplement devoir à la fin du mariage : chose incertaine, car peut-être le mari aura-t-il payé dans l'intervalle et acquitté la communauté. Ainsi la situation des époux n'est pas semblable à celle de deux associés que leur contrat place sur le même rang : car la femme n'est pas associée aussi principalement que son mari, si ce n'est après la mort de ce dernier ou après la dissolution du mariage. » Et quelques lignes plus loin il précise sa pensée en disant : « La femme n'est point tenue si ce n'est à la fin de cette communauté, dont elle n'est point



la maîtresse en attendant, mais dont le mari au contraire est le maître. Ainsi *elle n'est pas à proprement parler une associée, on espère qu'elle le deviendra* (1). »

Voilà dans quelles circonstances Dumoulin écrivit cette phrase qui va faire l'objet de notre étude. Depuis lors, elle a été tant de fois répétée, tant de fois utilisée par les jurisconsultes pour déterminer la situation pécuniaire de la femme dans le mariage, qu'elle est devenue un véritable adage, résumant tout un ensemble d'idées, donnant la clef de maintes solutions pratiques, encore invoqué parfois aujourd'hui, et digne par conséquent de servir de titre à un ouvrage, qui sera une étude de droit civil, bien plus qu'un travail de recherches historiques.

L'auteur ne se doutait certainement pas, au moment où il écrivait cette phrase, de tout ce qu'en devaient tirer ses successeurs. Il cherchait simplement à justifier, par une formule juridique, une solution pra-

(1) Dumoulin, *Commentarii...* ad art. 109, n° 3. — Voici le texte latin in extenso : « Femme est tenue après décès, non ante : ita quod pro debito personali solius viri non possint propria uxoris vendi pro media, sed tantum fructus ad vitam mariti. Ratio, primo quia uxor non debet sed poterit debere, et est incertum, in fine matrimonii : interim enim maritus poterit solvere et acquitter la Communauté ; et sic non est simile sicut de duobus ex contractu sociis æque principaliter ; quia uxor non est socia æque principaliter, nisi post obitum viri, vel soluto matrimonio ; et quia alias essent vendenda omnia propria uxoris, quia diceret maritus se non habere, et ad summum deberet prius omnino discuti, quia uxor non tenetur nisi ad casum communionis cujus non est interim domina, sed maritus ; et sic non est proprie socia, sed speratur fore. »

tique à laquelle il voulait aboutir dans l'hypothèse donnée. Il lui semblait nécessaire que la femme ne pût être poursuivie par les créanciers de son mari durant le mariage. Comment expliquer, cependant, que la femme associée avec son mari par la mise en commun de leur industrie et d'une partie de leurs biens, pût se soustraire aux engagements sociaux ? C'est qu'il ne s'agit point là d'une société ordinaire ; le jurisconsulte le sent, mais il cherche à préciser cette notion vague ; et, après des efforts de pensée, que dénote la redondance de son style, il en arrive à résumer ses explications dans cette formule brève, qui lui paraît plus typique : « Uxor non est proprie socia, sed speratur fore. »

Il faut bien reconnaître que cette formule elle-même n'est pas d'une clarté absolue. Beaucoup d'auteurs l'ont interprétée en ce sens, que les droits et les obligations de la femme comme associée étaient soumis à une condition suspensive. Était-ce bien la pensée de Dumoulin ? Refuse-t-il à tout point de vue le titre d'associée à la femme pendant le mariage ? « La communauté, dit-il ailleurs, n'est pas à proprement parler en action pendant le mariage : elle n'existe qu'en puissance et en théorie (*in credito et in habitu*). Mais, aussitôt le mariage dissous, elle entre en mouvement et devient une communauté véritable et actuelle de propriété et de possession (1). »

Ainsi, pendant le mariage, la femme n'est une asso-

(1) Dumoulin, *Comment.*, titre I, §1. 4, n° 2.

ciée *qu'en théorie* ; c'est-à-dire que, bien qu'elle en ait le titre, elle n'en exercera pas les fonctions ; tous les effets qui devraient en résulter, participation aux bénéfices, contribution aux charges, intervention active, obligations à l'égard des tiers, tout est reporté au jour de la dissolution ; jusque-là, tous ces effets n'ont qu'une existence théorique et latente.

On verra plus loin les diverses conséquences de ce système. Mais il importait d'en indiquer immédiatement les traits essentiels, parce que l'on a souvent exagéré et défiguré la pensée de Dumoulin. Les auteurs du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle ont eu recours à cette phrase passée en proverbe pour expliquer nombre de garanties nouvelles accordées à la femme et de pouvoirs exorbitants attribués au mari ; ainsi sont-ils arrivés à reconnaître les clauses par lesquelles il est permis à la femme de se désintéresser du résultat de la communauté, et à déclarer le mari propriétaire absolu et unique des biens communs, avec droit de les dissiper et de les perdre. N'ont-ils pas fait dire à Dumoulin tout autre chose que ce qu'il voulait dire ? Nous pouvons dès maintenant remarquer que Pothier force singulièrement la doctrine de ce jurisconsulte lorsqu'il dit que « le droit de la femme sur les biens de la communauté n'est pendant le mariage qu'un *droit informe*, qui se réduit à une simple espérance de partager les biens qui se trouveront la composer lors de la dissolution (1).

(1) Pothier, *Communauté*, n<sup>o</sup> 497. V. aussi Lebrun, *Communauté*, l. II, chap. II, sect. 2.

De prime abord, l'idée de société appliquée aux rapports pécuniaires entre époux ne répugne point à la raison. Il est naturel que la communauté d'existence entraîne comme conséquence la confusion des biens, la constitution d'un fonds commun destiné à subvenir aux besoins des époux, à les aider dans l'œuvre collective qu'ils entreprennent. Or cette mise en commun, ces apports en richesse ou en industrie, c'est l'un des traits essentiels de toute société.

La participation aux bénéfices et la contribution aux pertes en est un autre caractère distinctif ; et ce caractère aussi s'adapte merveilleusement aux rapports entre époux. Les définitions les plus belles qui aient été données du mariage nous représentent les deux époux partageant le même sort, toujours unis dans la bonne et la mauvaise fortune. On peut concevoir autrement les rapports conjugaux ; mais quelque théorie que l'on construise, quelque loi positive que l'on fasse, la pratique revient toujours à cette *communicatio lucri et damni* qui satisfait également le cœur et la raison. Vainement un auteur a-t-il écrit : « Dans les rapports pécuniaires il faut bannir toute question de sentiment. » Lorsqu'il s'agit de rapports pécuniaires *entre époux*, il y a des lois psychologiques qui s'imposent, et nous verrons au cours de cette étude qu'il faut faire la part au sentiment non moins qu'à la raison. S'il est une société, où, moins que dans toute autre, on puisse comprendre que l'un des associés profite des bénéfices sans

supporter sa part des pertes, c'est bien cette espèce de société qui existe entre époux. La femme peut cependant dans notre droit se mettre par une clause spéciale dans cette situation, mais tout le monde admettra que ce n'est point conforme à l'idée naturelle que l'on se fait des rapports conjugaux.

Pour qu'il y ait société, il faut encore que se trouve chez les parties l'intention commune de s'associer, l'*affectus societatis*. Ainsi n'est pas associé l'employé dont on rémunère les services par une part dans les bénéfices, mais qui n'a aucune part dans les décisions prises par ses patrons. Là encore, rien de plus naturel que d'admettre l'intervention de la femme, quand il s'agit de prendre une décision grave concernant l'intérêt commun.

On enseigne généralement que toute société doit avoir un but lucratif. Il sera malaisé peut-être de découvrir dans l'union des biens entre époux le caractère d'une spéculation. Le but est non pas tant de réaliser des bénéfices, que d'employer ces bénéfices à une œuvre commune qui est l'éducation d'une famille. On pourrait dire que le but visé par les membres de cette société est étranger à eux, et qu'il serait plus exact de donner à leur union le nom d'association que celui de société. Chicane de mots, sans intérêt pratique ! On peut soutenir avec autant de raison que le but de cette association intéresse si personnellement ses membres, touche de si près à leur propre bonheur, que l'élément



altruiste fait défaut. Mais ce qu'il est plus intéressant de noter, c'est que le but de cette société ou association diffère du but que se proposent les sociétés ordinaires. Il ne s'agit point de réunir des capitaux en vue de monter une entreprise commerciale ou civile, dont on se partagera les bénéfices. Ces espérances lucratives ne viennent qu'en seconde ligne, sont reléguées à l'arrière-plan, peut-être même n'existent point. C'est que cette société se distingue des autres en ce qu'elle est un *accessoire du mariage*, de l'union des personnes. De là vient que son but est non pas de produire de gros intérêts, mais de subvenir aux besoins du ménage et des enfants à naître.

En outre, contrat accessoire du mariage, elle dure autant que ce mariage ; elle commence avec lui, finit avec lui, et lui emprunte un caractère d'indissolubilité qui ne se retrouve point dans les sociétés ordinaires. Sans doute, dans notre droit la communauté peut être rompue sans que le mariage soit dissous. Mais il n'en fut pas toujours ainsi : au XIII<sup>e</sup> siècle la séparation de biens n'existait pas.

Enfin, les sociétés ordinaires sont administrées soit par tous les associés avec des droits égaux, soit par des gérants qui tiennent leurs pouvoirs de la volonté de leurs coassociés et qui sont exposés à se voir révoqués par eux. Dans la société conjugale, la plupart des lois positives jusqu'à ce jour ont désigné comme gérant légal, imposé, irrévocable, le mari. Certaines d'entre elles

lui ont confié des pouvoirs absolus ; d'autres ont mis des bornes à sa puissance ; mais presque toutes lui ont reconnu une prédominance dans la gestion des intérêts communs. Se sont-elles mises par là en contradiction avec une loi naturelle ? Ont-elles violé le principe d'égalité qui doit régir les relations humaines ? Certains théoriciens l'ont prétendu ; et la question, pour être renouvelée des Grecs (1), ne laisse point de présenter un intérêt d'actualité. Nous aurons à examiner ce problème. Remarquons seulement qu'une telle unanimité dans les législations paraît bien être le reflet de quelque loi naturelle, et qu'il est peut-être chimérique de vouloir établir une parfaite égalité entre deux êtres que la nature a faits différents.

Ainsi tout le monde est bien forcé de reconnaître avec Dumoulin, que, si la notion de société entre les époux est satisfaisante au point de vue rationnel, il ne peut s'agir que d'une société d'un genre très spécial. La comparaison rapide que nous venons d'esquisser suffit à le faire sentir. Mais en quoi la société conjugale diffère-t-elle des sociétés ordinaires ? Dire qu'elle s'en distingue en ce qu'elle est un accessoire du mariage, c'est énoncer une différence de principe. Mais il faudrait en déduire des différences de détail et de pratique ; et c'est là que commence la difficulté. En droit romain, la question ne se posait pas, puisque la femme

(1) Xénophon, *Economiques*, chap. VII ; Platon, *Ménon*, 3 ; Aristophane, *Lysistrata*.

restait toute sa vie incapable, et qu'en se mariant, elle devenait la pensionnaire du mari plutôt que son associée. Elle apportait au mari une dot qu'il devait nécessairement lui rendre à la fin du mariage, et dont les revenus devaient le payer des dépenses qu'il ferait pour l'hébergement, l'entretien de la femme et des enfants. La femme avait droit à sa subsistance, tant que durait le mariage, à la restitution de sa dot une fois le mariage dissous ; c'était net, catégorique, d'une extrême simplicité. Était-ce bien conforme aux indications de la nature ? Il est permis de penser que notre droit coutumier eut une notion à la fois plus exacte et plus élevée des rapports entre époux, lorsqu'il les considéra comme deux associés (1). Mais, par là même, il affrontait un problème ardu et compliqué : quels seront les effets de cette société toute particulière ? Comment seront répartis les droits et les charges entre ces deux associés ? Voilà des siècles que nos jurisconsultes agitent la question et l'on n'est pas encore arrivé à une solution bien précise. La formule de Dumoulin, si nette en apparence, est encore susceptible d'interprétations bien diverses.

Nous n'avons certes pas la prétention d'en chercher une plus exacte ; encore moins celle d'entrer dans les innombrables controverses que soulève cette question,

(1) M. Lefebvre, dans ses *Leçons d'introduction*, a fait la critique du système matrimonial romain. V. notamment, au point de vue des biens, pp. 84 et suiv.

ni de résoudre un problème, sur lequel on ne s'entendra sans doute jamais, parce qu'il est impossible de bannir de cette matière toute affaire de sentiment, et que, si les formes de raisonnement sont à peu près les mêmes chez tous les hommes, il y a des nuances à l'infini dans la façon de sentir. Mais il nous a paru intéressant de suivre, à travers les écrits des jurisconsultes, les arrêts de la jurisprudence, les textes de coutumes et de lois, l'importance plus ou moins grande qu'a prise, suivant les époques, cette idée de société conjugale ; de rechercher les influences théoriques et les considérations pratiques qui sont venues modifier, depuis les origines de notre communauté coutumière, les droits de la femme comme associée ; d'étudier enfin, comme conclusion, les besoins qui se font sentir aujourd'hui, les théories nouvelles qui sont émises, les réformes qui sont proposées, et de déterminer, aussi nettement que nous le pourrons, dans quelle mesure il convient de donner à la femme un rôle actif d'associée dans le ménage, autrement dit, comment on doit comprendre de nos jours l'adage qui sert de titre à ce travail.

Nous n'avons pas jugé nécessaire d'étudier la question dans la période antérieure au XIII<sup>e</sup> siècle. C'est seulement à partir de cette époque, que la communauté paraît définitivement formée, et nous limiterons notre étude à ce seul régime, sauf quand il y aura quelque intérêt à rechercher sous les autres régimes les traces de l'idée de société. Dans les siècles précédents, les rap-

ports pécuniaires entre époux sont si mal définis, les origines mêmes de la communauté sont tellement incertaines, qu'une étude relative à ces époques eût nécessité des recherches érudites, pour lesquelles les premiers éléments nous manquent. Vainement chercherait-on dans les pages qui vont suivre la solution de problèmes historiques : nous voulons faire œuvre de juriste plutôt que d'historien : et si, dans la première partie de cette thèse, nous examinons quel rôle fut dévolu à la femme dans l'ancienne communauté coutumière, c'est seulement pour exposer, à l'aide de textes certains, les antécédents de la situation qui est faite à la femme commune en biens par le Code civil, les lois subséquentes, et la jurisprudence moderne (1). Analyser cette situation de la femme dans la législation française actuelle, étudier à un point de vue critique les interprétations qu'en donnent les auteurs et les tribunaux, tel sera l'objet de notre seconde partie. Enfin, dans une troisième partie, nous examinerons les théories émises sur le rôle qu'il convient de donner à la femme dans le ménage, les diverses solutions qui ont été données à cette question dans les législations étran-

(1) M. Lefebvre, sans contester le mérite de l'érudition moderne, dit avec beaucoup de raison que l'étude de nos institutions coutumières ne doit pas être une pure affaire d'érudition, mais « qu'à travers toutes nos excursions d'histoire nous devons toujours garder le Code civil à notre horizon » (*Leçons d'Introduction*, p. 11).



gères, et les réformes qui ont été proposées chez nous dans des projets de lois.

Nous ne pouvons nous flatter d'épuiser un pareil sujet. Dans la dernière partie surtout, il faudra nous restreindre, et nous contenter de renvoyer le lecteur à d'excellentes études faites par nos devanciers. Sans entrer dans le détail des réformes faites ou proposées, nous chercherons plutôt à dégager de l'ensemble de notre travail quelques conclusions précises, et à nous éclairer sur le sens des réformes qu'il convient de faire dans cette difficile matière des rapports pécuniaires entre époux. Notre champ d'étude est presque sans limites ; parmi les questions multiples qui se rattachent au sujet, il faut choisir celles qui présentent un intérêt particulier pour l'histoire et l'interprétation de notre adage ; tâche difficile et souvent embarrassante ! car il s'agit d'être à la fois sobre et complet. On y mettra tous ses efforts, trop heureux si l'on parvient à éviter les écueils semés sur la route ; car, comme dit le poète : « In vitium ducit culpæ fuga, si caret arte ».

Je ne terminerai pas cette introduction, sans rendre à notre éminent professeur, M. Lefebvre, un témoignage public de ma reconnaissance pour les conseils et les encouragements qu'il a bien voulu me donner. Son cours, nourri d'idées originales et suggestives, m'a fourni le point de départ de ce travail, et ses lumières m'ont souvent guidé dans mes recherches. J'adresse aussi mes remerciements à M. Saleilles, qui m'a facilité,

tant par son enseignement que par quelques indications bibliographiques, l'étude des régimes matrimoniaux allemands. Les maîtres ont droit à toute la gratitude des élèves, lorsqu'ils veulent bien seconder leurs premiers efforts par le concours de leur expérience.



## PREMIÈRE PARTIE

### L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### LA COMMUNAUTÉ AU XIII<sup>e</sup> SIÈCLE.

Quels étaient les caractères de la communauté entre époux au XIII<sup>e</sup> siècle ? Dans quelle mesure réalisait-elle la notion de société conjugale ? Quels y étaient les droits et les obligations de la femme ? Fallait-il dire, dès cette époque, comme devait le dire plus tard Dumoulin : « La femme n'est pas à proprement parler une associée. » Ne l'était-elle à aucun point de vue ? ou, au contraire, l'était-elle plus qu'au XVI<sup>e</sup> siècle ?

A ces questions les historiens du droit ne répondent point d'une façon unanime. Si nous croyons M. Ginoulhiac, le rôle de la femme à cette époque était nul ; sa personnalité était absorbée dans celle de son mari, et la communauté était soumise sans contrôle au pouvoir de l'homme, pouvoir exorbitant, auquel faisait

contrepoids le douaire accordé à la femme sur une partie des biens de son mari. Plus tard seulement se fit jour l'idée de société ; plus tard seulement on releva la condition de l'épouse. « On conserva bien, dit-il, les principaux effets de la puissance du mari sur les biens communs, mais on la restreignit beaucoup d'un autre côté par l'application des principes de la société aux droits de participation de la femme, non pas d'une société actuelle, mais d'une société future (1). » Ainsi l'adage de Dumoulin marquerait un acheminement vers l'idée de société conjugale, qui était totalement ignorée de nos anciennes coutumes.

Écoutons à présent M. Laferrière : « L'idée qui a prédominé, dit-il, dans le territoire de Paris, dès les premiers temps du Moyen Age, c'est que le mariage, union des personnes, entraînait société dans les biens meubles et immeubles provenant de la collaboration des époux (2). » M. Viollet est encore plus explicite. « La communauté de biens, dit-il, se développe parmi des mœurs simples et chrétiennes et acquiert une force singulière *qu'elle a perdue depuis* : ce n'est pas seulement une communauté de biens légale, un état juridique abstrait... c'est une communauté de fait toujours palpable, toujours saisissable : non seulement la femme

(1) Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal et de la Communauté*, pp. 335-336. Dans le même sens, Laboulaye, *Recherches sur la condition des femmes*, p. 387.

(2) Laferrière, *Histoire du Droit*, t. VI, p. 362.



ne peut faire aucun acte important sans le consentement de son mari, qui est son *bail*, son *mainbour*, mais elle est associée elle-même à tous les actes de celui-ci (1). »

Quel parti prendre dans cette discussion ? ou comment concilier des interprétations si opposées ? Elles ont l'une et l'autre leur part de vérité. Il est hors de doute que la puissance maritale, au moyen âge, donnait au mari une prédominance sur sa femme, lui conférait des droits absolus, légaux, d'ordre public, sur sa personne (2) et sur ses biens. Mais d'un autre côté les mœurs chevaleresques et le sentiment chrétien idéalisait la femme, l'élevaient au niveau de l'homme, et lui assuraient, surtout en fait, une protection efficace quant à sa personne, un rôle actif d'associée en second et de conseillère quant aux biens. C'était une situation de fait plutôt que de droit. Mais, à une époque où les règles de droit étaient flottantes et incertaines, on peut admettre qu'elles cédaient devant les circonstances de fait et se modifiaient sous l'influence des sentiments et des nécessités pratiques. « La femme, que le droit laisse encore dans un certain état d'infériorité, dit M. Gautier, commence malgré tout à être considérée comme l'égale de l'homme, comme sa *per*,... Cette idée tend de plus en plus à triompher, que, hiérarchiquement placée au-

(1) Viollet, *Etablissements de St-Louis*, introduction, t. I, p. 147. V. aussi Glasson, *Histoire du Droit*, t. VII, pp. 367 et suiv.

(2) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. LVII, n° 6, reconnaît au mari le droit de battre sa femme et de « la châtier raisonnablement ».

dessous de l'homme, la femme en tout le reste est son égale... L'éloge de la *prode femme* est partout. Vivant tous les jours avec son mari dans un château où les hivers sont longs, la femme en arrive par la force des choses, à conquérir sur l'esprit de l'homme une influence que l'antiquité gréco-latine n'a point connue et ne pouvait connaître (1). »

Mais ce n'est pas assez dire que de parler d'une situation de fait et d'une influence morale. Cet état de choses a sa répercussion dans le droit. La puissance maritale ne réduit pas à néant la personnalité de la femme : les auteurs, que nous avons cités d'abord ont été trop vivement frappés de certains droits absolus du mari ; et ils n'ont pas aperçu que la femme, à l'ombre de cette puissance, remplissait un rôle très actif d'associée, ayant ses fonctions propres, intervenant dans toutes les questions graves, ayant pour la décision de ces questions *voix délibérative*, et pouvant ainsi faire échec à la volonté prétendue absolue du mari. Puissance maritale et droit de la femme comme associée existent simultanément dans la communauté du XIII<sup>e</sup> siècle ; et ces droits que l'on représente à tort comme s'excluant l'un l'autre, se combinent, se limitent réciproquement. C'est bien ce qui semble résulter de ce texte de Beau-

(1) L. Gautier, *La Chevalerie*, pp. 358-359. V. aussi pp. 266, 360 et les nombreuses références à la littérature. Cf. Lecoy de la Marche, *La Chaire française au moyen-âge*, p. 400 ; P. Gide, *Condition privée de la femme*, pp. 470-471.

manoir, si souvent cité : « Cascun sait que compaignie se fait par mariage... Mais voir est que, tant comme ils vivent ensemble, li Hons en est mainburnissière, et convient que la fame sueffre et obéisse de tant comme il appartient à leurs muebles et despuelles de lor hiretages (1). » Nous pourrions mieux nous en convaincre encore par l'étude des textes nombreux, qui montrent les époux agissant en commun, ou la femme s'obligeant de sa seule initiative et obligeant en même temps son mari, et d'autre part la femme engagée par des contrats auxquels elle n'a point parlé : de tels faits ne peuvent s'expliquer que par l'idée de société conjugale. Nous terminerons ce chapitre, en examinant quels sont, en regard de cette société, les effets de la puissance maritale.

\*  
\* \*

Dans la communauté coutumière le mari jouissait des immeubles de sa femme et les administrait ; il pouvait les exploiter sa vie durant comme il l'entendait. Mais là se bornaient ses droits sur cette catégorie de biens. S'il voulait les aliéner ou les grever de quelque charge réelle, ces actes, faits par lui seul n'étaient valables que pour la durée de sa vie. C'est dire que, pratiquement, ils n'étaient possibles qu'avec l'adhésion de la femme. Beaumanoir le dit en termes catégoriques (2) et nous trouvons la même règle, à une époque voisine,

(1) Beaumanoir, XXI, 2.

(2) Beaumanoir, *ead. loc.*

dans la Très ancienne Coutume de Bretagne, qui en donne pour raison que « nul ne peut vendre la saisine d'autrui, fors en tant comme touche son droit, sans l'assentiment de celui ou ceule à qui ils sont (1) ». La sanction de cette règle est que, la communauté une fois dissoute, la femme ou ses héritiers pourront revendiquer le bien aliéné (2). Ainsi la puissance maritale, en ce qui concerne les biens de la femme est limitée à un droit de jouissance, très large sans doute, mais essentiellement temporaire. Disposer de ces biens d'une façon définitive est un acte d'une gravité exceptionnelle, qui ne peut s'accomplir que par le concours des deux associés ; la femme ne peut les aliéner ni les engager sans l'assentiment de son mari ; le mari ne peut en disposer en aucune mesure si sa femme ne le permet.

De ces principes, on a tiré des conséquences en ce qui concerne les actions immobilières de la femme. S'agit-il d'un procès au possessoire, comme il n'engage point de question de propriété, le mari peut l'intenter ou le soutenir seul. Mais s'il s'agit d'une action pétitoire, d'une action qui met en péril le droit de la femme comme propriétaire, il faut que le demandeur cite les deux conjoints « et se il fait appeler le mary seul, follement le fait, et a ledit mary bonne exception afin d'es-

(1) *Très anc. cout. de Bretagne*, chap. 10, éd. Planiol, p. 96.

(2) *Jostice et Plet*, 5, § 4 : « Home garantira sa vie durant ce qu'il vendra de l'éritage sa feme, sans l'otroi sa feme ; et se il muert ou se la feme muert, la vente ne vaut riens. » Cf. *Grand Coutumier*, II, 32, éd. Laboulaye et Dareste, p. 322.

tre follement convenu et de non procéder » (1) ; et si c'est le mari qui « poursuit cause ou querelle qui vienne de par sa femme », il doit avoir lettre de procuration (2).

Ces textes prouvent seulement que la femme mariée reste propriétaire de ses immeubles. Mais supposons qu'il s'agisse d'aliéner un propre du mari ; les textes disent de la façon la plus catégorique, que l'opération ne peut se conclure définitivement à moins que la femme n'y consente (3). Le mari a bien sur ses propres un droit perpétuel et incommutable de propriété ; mais la femme aussi acquiert sur eux, dès le jour du mariage, un droit de *viage*, c'est-à-dire de large jouissance, presque de propriété à vie ; c'est ce qu'on appelle le *douaire*. Ce droit, qui est légal depuis le commencement du XIII<sup>e</sup> siècle, frappe pour la moitié, dans la coutume de Paris, tous les immeubles que le mari possédait au jour du mariage et ceux qui lui adviennent par succession en ligne directe. Bien que la femme ne soit appelée à jouir de son douaire qu'après la mort de son mari, son droit est né dès l'instant du mariage et le mari n'en saurait disposer sans son consentement. De là vient que, s'il

(1) *Coutumes notoires*, n<sup>os</sup> 161 et 176.

(2) Bouteiller, *Somme rurale*, II, 23. *Adde* J. des Mares, *Décision* n<sup>o</sup> 20, *Livre des Droiz et commandements*, n<sup>o</sup> 581.

(3) *Jostice et Plet*, *loc. cit.*, § 1 : « Home puet vendre son hiretage por son besoing... Et se il a feme, si poent ils vandre ensemble. Et puet li sires vandre sans le feme ? Nenil, que la chose dure que sa vie, et emprès sa mort non. » *Adde* Beaumanoir, XXI, 2.

veut aliéner définitivement un immeuble, il doit faire intervenir la femme au contrat pour qu'elle renonce à son douaire sur ce bien (1).

La sanction de cette règle était que la femme, si elle n'avait pas consenti à l'aliénation, pouvait intenter, après la mort de son mari, une action réelle contre l'acquéreur, et rentrer sa vie durant en possession de la part d'immeuble affectée à son douaire (2). Sans doute elle ne pouvait faire subir qu'une éviction temporaire à l'acquéreur, celui-ci devant recouvrer l'immeuble après la mort de la femme et l'extinction du douaire ; ce n'en était pas moins une grave menace contre laquelle on se prémunissait en exigeant la coopération de la femme à l'aliénation ; et même, pour être bien sûr que son consentement ne fût pas surpris, on demandait souvent que la femme s'engageât *par serment* à ne plus rien prétendre sur l'immeuble, que son serment fût constaté par lettre de l'official, enfin que le mari, pour compenser sa renonciation, lui donnât des droits plus étendus sur un autre immeuble (3).

Ainsi les propres des époux s'ils n'étaient point communs pour la propriété, l'étaient pour la jouissance, de sorte qu'ils ne pouvaient être aliénés que du consentement des deux conjoints. Reste une troisième catégorie

(1) Beaumanoir, *loc.cit.*, et XIII, 25 ; Loysel, I, 3, n° 5 : « Au coucher la femme gagne son douaire. »

(2) Beaumanoir, XIII, 5.

(3) *Etablissements de St-Louis*, I, 173, éd. Viollet, t. II, p. 319.



d'immeubles, ceux qui sont acquis pendant le mariage autrement que par succession : *les conquêts*. La femme jouait-elle aussi quant à eux le rôle d'une associée ? ou le mari avait-il sur eux pleins pouvoirs ? Beaumanoir n'est pas très explicite sur la nature et l'étendue des droits reconnus à chacun des époux ; mais, d'après le livre de Jostice et de Plet, la femme, pendant le mariage, avait un droit né et actuel sur les conquêts et le mari n'en pouvait disposer qu'avec son concours (1). Plus tard les coutumes reconnurent au mari des droits aussi absolus sur les conquêts que sur les meubles. Nous aurons à rechercher les causes de cette innovation ; mais au XIII<sup>e</sup> siècle il n'avait de droit absolu que sur sa part de conquêts ; quant à la part de la femme, il en jouissait, mais ne pouvait l'aliéner qu'à titre temporaire. Nous trouvons encore la trace de ce droit dans le Livre des droiz et commandements, qui dit bien que le mari peut disposer des acquêts, mais qui ajoute : « Si les acquêts étaient faits au nom de li et de sa feme, et le contract le portast, il n'en pourrait aliéner que sa partie. » Or, à moins que le mari n'ait fait les acquêts en son nom, « ils sont communs et en a chacun la moytié, et est acquis à la feme son droit, sitost comme lesdits acquiez sont faiz selon droit » (2). Voilà ce que décidait

(1) *Jostice et Plet*, *loc. cit.*, §§ 2 et 3 : « Li doeres ne peut estre encombriez, ne l'éritages à le feme, ne sa part des conquez, s'ele ne l'otroie... Home et feme poent vandre ce qu'ils ont ensemble, por besoing. »

(2) *Livre des Droiz et commandements*, n° 828, V en notre sens : Glasson, *Histoire du Droit*, t. VII, p. 367.

encore la jurisprudence poitevine à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle. De même la Très ancienne Coutume de Bretagne répète à plusieurs endroits que « la femme est aussi grande que l'homme dans les conquêts », qu'elle est saisie de plein droit de la moitié de tout immeuble acquis pendant le mariage, sauf dans des cas spéciaux comme celui de retrait lignager, où l'époux, qui achète un immeuble venant de sa famille, peut désintéresser l'autre en lui payant, à la dissolution de la communauté, la moitié du prix d'acquisition. Elle semble bien dire enfin, que, si le mari venait à disposer seul de la totalité du conquêt, la femme, à la dissolution du mariage, pourrait revendiquer la moitié de l'immeuble, exactement comme si l'on avait aliéné son propre ; réserve faite cependant du cas où le père aurait doté ses enfants sur les conquêts, ce qui pourrait donner lieu à récompense (1). Et plus tard, au temps où le mari a pleins pouvoirs sur les acquêts, il n'en est encore maître sans contrôle que s'ils ne sont pas *appropriés*. Quant aux acquêts appropriés, c'est-à-dire définitivement entrés dans le patrimoine à l'égard de tout le monde par des moyens de publicité, la femme a le droit de s'opposer à leur aliénation, et, si l'on passe outre à son opposition, de réclamer une récompense à la dissolution de la communauté (2). C'est une survivance du droit de la femme

(1) *Tr. anc. cout. de Bretagne*, chap. 217, 40, 241, éd. Planiol, pp. 248-249, 96, 215.

(2) *Cout. de Bretagne de 1539*, art. 423 et 424. Bourdot de Richelbourg, t. IV. Sur l'appropriance, v. les art. 267 et suivants.

sur la moitié des conquêts pendant le mariage, droit qui existait au XIII<sup>e</sup> siècle dans toutes les coutumes, croyons-nous, malgré le silence de Beaumanoir.

On peut donc dire qu'au XIII<sup>e</sup> siècle le concours des époux était pratiquement nécessaire toutes les fois qu'il s'agissait d'aliéner ou de charger un immeuble. Or, c'est bien le droit commun des sociétés, que des opérations de ce genre ne puissent s'effectuer qu'avec le consentement de tous les associés. Il importe de bien noter ce trait, qui confère à la femme, même pendant le mariage, un rôle actif, efficace d'associée, précisément dans les questions les plus graves d'intérêt commun. Lorsque les coutumiers de cette époque nous font voir sans cesse la femme parlant et intervenant dans les opérations faites par son mari, ayant entre ses mains le moyen, sinon d'agir elle-même contre sa volonté, du moins de l'arrêter dans des marchés qu'elle juge désavantageux, on peut, avant même de pousser plus loin l'examen, penser que cette femme du XIII<sup>e</sup> siècle ressemble plus à une associée que celle dont parle Dumoulin.

Il serait intéressant de savoir si la femme avait l'habitude alors d'intervenir, non seulement dans les aliénations d'immeubles faites par son mari, mais aussi dans les obligations par lui contractées. On peut tout au moins établir que cela ne lui était pas interdit : le temps n'était pas encore venu, où les jurisconsultes, ressuscitant le sénatus-consulte Velléien, défendirent à

la femme de s'engager pour son mari. Nulle trace d'incapacité velléienne dans Beaumanoir, et si la Très ancienne Coutume de Bretagne déclare en principe que la femme ne se peut obliger pour autrui, elle admet qu'elle peut « s'entremettre pour son seigneur et espous, ou pour ses enffanz ou pour son père ou pour sa mère » (1). Néanmoins, à une époque où les meubles seuls répondaient des dettes (2), il faut bien convenir que, tous les meubles étant entre les mains du mari, la participation de la femme à l'engagement ne présentait pas grande utilité : qu'elle se fût ou non personnellement obligée, elle était toujours tenue sur ses meubles comme commune en biens, mais non sur ses immeubles ; la vieille coutume de Bretagne porte même que de toute manière elle ne devrait pas être mise en prison pour ces dettes, et elle en donne pour raison que « femme doit garder l'ostel, le feu et les enffanz, dont plusieurs périls povent estre et advenir en cas qu'elle seroit absente de son ostel » (3). Ces considérations suffisent à expliquer pourquoi les auteurs de cette époque ne se sont pas davantage préoccupés d'une question qui prit ensuite tant d'importance, je veux dire de l'intervention de la femme dans les engagements de son mari. Mais s'il était alors inutile et probablement rare

(1) *Tr. anc. cout. de Bretagne*, chap. 329 et 68, éd. Planiol, pp. 303 et 126.

(2) Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français*, pp. 160, 161.

(3) *Tr. anc. cout. de Bretagne*, chap. 314, éd. Planiol, p. 291.

que la femme s'engageât à côté de son mari, l'intérêt même du ménage la conduisait souvent à engager seule les deniers communs, et par suite on voyait en maintes circonstances la femme agir et parler comme associée au nom de la société conjugale.

\*  
\* \*

Le représentant ordinaire de la communauté, au XIII<sup>e</sup> siècle comme de nos jours, c'est le mari : il a pleins pouvoirs sur les meubles et en dispose à sa guise, sous la seule condition de « fournir une soutenance » à sa femme. C'est un des attributs de la puissance maritale. Autre conséquence de ce pouvoir : puisque le mari est tout puissant sur les meubles communs, la femme ne peut rien faire à l'égard de ces biens que si elle est autorisée par lui. Tel est bien le principe : elle ne peut rien aliéner ni passer aucun contrat sans avoir reçu son autorisation. Il semble donc difficile, à première vue, de trouver des cas où la femme, agissant seule et librement, engage la communauté.

Remarquons d'abord que, si la femme doit se faire autoriser par son mari pour passer un contrat, c'est uniquement en vertu de la puissance maritale. Par conséquent, là où s'arrête cette puissance, là aussi doit cesser pour la femme la nécessité de se faire autoriser. Beaumanoir en conclut très logiquement que, si la femme non autorisée n'engage pas valablement ses biens pour le temps du mariage, elle peut tout au moins

les engager pour le temps où ils auront cessé d'être au pouvoir de son mari, c'est-à-dire pour le jour où elle sera veuve. Autrement dit, elle s'oblige valablement ; mais ses créanciers doivent attendre la libération de ses meubles aujourd'hui indisponibles (1). A vrai dire, si cela prouve que la femme, bien que mariée, peut s'obliger elle-même, cela ne montre pas qu'elle puisse à la fois s'obliger et obliger son mari, en un mot se conduire comme une associée.

Inutile également de nous arrêter sur les cas où la femme engage la communauté par ses délits. On ne saurait dire qu'elle agisse alors comme associée : le mari paie pour les délits de sa femme parce qu'il en est personnellement responsable, comme chef de famille et en vertu de sa puissance maritale ; « car il doit avoir tel feme et tel mesnie qui ne facent pas vilonnie au segneur » (2).

Mais voici un cas où la femme est investie de fonctions d'associée, qui sans doute peuvent lui être retirées par la seule volonté de son mari, mais qu'elle remplit, en attendant, librement et sans contrôle : c'est le cas où la femme fait le commerce. Non seulement elle s'oblige elle-même pour le temps qui suivra le mariage, mais elle engage immédiatement les biens communs (3), il faut qu'il en soit ainsi tant pour la sûreté

(1) Beaumanoir, XLIII, 27, LXV, 17, LXX, 7, *Livre des Droiz et commandements*, n° 682.

(2) Beaumanoir, XXX, 55.

(3) Beaumanoir, XLIII, 28, J. des Mares, *Décision* 289.



des tiers que dans l'intérêt même du ménage. La femme, qui d'ordinaire ne peut ester seule en justice, agit et défend sans l'autorisation de son mari pour toutes les choses qui dépendent de sa marchandise (1). Sa situation peut se comparer à celle d'un associé, qui aurait été chargé par ses coassociés de gérer une affaire spéciale intéressant la société, et qui, tout exposé qu'il est à voir révoquer ses pouvoirs, les exerce néanmoins en toute liberté.

Il y a plus : la femme est investie de tous les droits et actions de la communauté, chaque fois que le mari, gérant naturel et légal de cette société, vient à faire défaut. De plein droit, et sans qu'il soit besoin, comme aujourd'hui, de faire intervenir à chaque instant la justice, la femme prend les rênes du gouvernement et remplit la place de chef restée vacante, lorsque le mari est fou et hors de sens, lorsqu'il est en pays étranger, banni, ou emprisonné, sans espérance de revenir. En pareil cas, elle oblige immédiatement les biens de la communauté par tous les engagements qu'elle contracte ; elle a mission d'ester en justice pour tout ce qui concerne les intérêts du ménage ; elle peut faire toutes les aliénations de meubles qu'elle juge à propos (2). Et si le mari revient d'exil ou recouvre la raison, rien

(1) J. des Mares, *Décision* 76.

(2) Beaumanoir, XLIII, 28, XLIV, 19. Quels sont alors ses pouvoirs sur les immeubles ? Sans doute des pouvoirs de large administration. Les textes n'en parlent point.

n'indique qu'elle ait de compte à lui rendre : elle a exercé, à sa place, mais *en son nom propre*, les très larges pouvoirs d'administration qui sont d'ordinaire l'apanage de la puissance maritale.

Reste une dernière question très obscure. Quand le mari était présent et capable, la femme ne pouvait-elle sans autorisation maritale disposer des deniers communs ou les engager lorsqu'elle faisait les achats nécessaires aux besoins du ménage ? On ne peut raisonnablement supposer que pour les actes de cette nature le mari dût intervenir. Aujourd'hui l'on feint que la femme, lorsqu'elle achète des provisions, agit comme mandataire de son mari, et l'oblige sans s'obliger elle-même ; mais il est difficile d'admettre qu'au XIII<sup>e</sup> siècle la femme, qui se pouvait obliger sans obliger son mari, agît dans ce cas spécial au nom de son seul mari, et restât elle-même en dehors de tout engagement. Il y a lieu de supposer que, par ces opérations modestes mais intimement liées à la vie commune, elle engageait à la fois son mari et elle-même. Elle faisait donc bien acte d'associée, représentant la société, autant du moins qu'elle n'excédait pas ses attributions domestiques. Si elle faisait des dépenses excessives, elle n'était plus considérée comme parlant au nom de la communauté ; elle n'engageait que ses propres biens, et ses créanciers devaient attendre que la fin du mariage les eût rendus disponibles.

« Femme mariée, dit Jean des Mares, sans l'autho-

rité de son mary peut faire appeler aucune personne pour cause de son salaire et labour (1). » Cette phrase mérite d'être notée, car elle indique que la femme, malgré la puissance de son mari, jouissait d'une certaine indépendance en ce qui concernait son travail et ses gains personnels, et l'on sait combien cette question est brûlante aujourd'hui. L'auteur continue, avec quelque hésitation : « Mais je crois qu'elle ne pourrait être appelée pour salaire ou peine sans l'autorité de son mary, car elle n'a aucune chose durant le mariage, et aussi ce pourrait estre et tourner au préjudice dudit mary. » En vérité le même motif conduirait à priver la femme du droit d'agir dans le premier cas : car, si elle perd son procès, qui paiera les dépens ? Mais on peut conjecturer, sans grande témérité, que si le mari avait le droit exclusif d'aliéner et d'engager les meubles pour les affaires importantes, la femme, dans une sphère d'action moins étendue, jouissait d'une véritable autonomie comme représentante des intérêts communs. Les usages lui reconnaissaient sans doute le droit de louer ses services et de poursuivre le recouvrement de son salaire, de disposer de ce salaire pour les besoins du ménage, d'engager même les meubles communs, s'il était nécessaire, pour l'entretien de la famille, de louer enfin les services d'autrui si la tenue de la maison le comportait, quitte au mari, gardien de la bourse, à

(1) J. des Mares, *Décision* 77.

répondre des suites de ces contrats, dans la mesure où ils étaient en rapport avec la condition du ménage, et à en rejeter les conséquences sur la femme, en tant qu'elle avait dépassé les limites naturelles de sa gestion.

On s'explique aisément que ce rôle obscur, mais très réel, de la femme ait échappé à l'analyse des jurisconsultes de l'époque, tant il semble naturel. Si l'on considère les pouvoirs qui étaient de plein droit conférés à la femme en cas d'absence ou d'incapacité du mari, nos conjectures auront plus de vraisemblance encore.

En résumé la femme, capable de s'obliger elle-même, oblige en outre la communauté, lorsque, en vertu d'une autorisation générale, elle se livre au commerce, lorsqu'elle supplée son mari incapable ou absent, lorsque, enfin, associée en second, elle fait les menues dépenses et contracte les engagements quotidiens nécessaires à la vie du ménage. Dans ces diverses fonctions, n'est-elle pas d'ores et déjà, dès le temps du mariage, une véritable associée ?

\*  
\* \*

La femme était obligée sans limite par tous les contrats que passait son mari (1). Comme les obligations à cette époque n'étaient exécutoires que sur les meubles, elle ne pouvait se voir poursuivie pendant le mariage puisque tous ses meubles étaient entre les mains du mari, et nous savons qu'elle échappait à la contrainte

(1) *Cout. notaires*, n° 94.

par corps ; mais après le mariage elle se trouvait engagée indéfiniment sur ses meubles et sur les revenus de ses immeubles. En un mot, dès le jour où elle offrait quelque prise aux créanciers de la communauté, elle était tenue comme associée de toutes les suites de cette communauté.

Tandis que le mari, bail et gardien de sa femme, répondait de ses méfaits, la femme n'était pas obligée par les délits du mari : elle ne l'était évidemment pas comme femme ; elle ne devait pas l'être davantage comme associée. Toutefois il arrivait souvent qu'elle en supportait les conséquences parce que le mari, maître des deniers communs, pouvait les dissiper pendant le mariage, notamment par les amendes qu'il encourait ; à tel point que, s'il se rendait coupable de crime capital, toute la communauté se trouvait confisquée (1). Mais ce qui montre bien que la femme n'était pas personnellement engagée en pareil cas, c'est que, devenue veuve, elle reprenait ses propres et en percevait librement les fruits, c'est que sur les immeubles confisqués du mari, elle exerçait intégralement son droit de douaire (2).

Telles étaient les conséquences onéreuses de la qualité de femme mariée. La femme avait-elle quelque moyen d'éviter ces conséquences ? Lui était-il permis de se soustraire aux suites fâcheuses de la communauté

(1) Beaumanoir, XXX, 99.

(2) *Jostice et Plet*, XVIII, 24, § 19, *Assises de Jérusalem*, Livre au Roi, chap. 21.

ou de limiter au moins son risque ? En présence des prodigalités et des désordres du mari, pouvait-elle prévenir la dilapidation des fonds communs et sauver tout au moins sa part, en demandant la dissolution de la communauté avant la fin du mariage ?

Cette dernière mesure n'aurait rien eu de contraire à l'idée de société. A moins de clause contraire ou de mauvaise foi prouvée, tout associé a le droit de demander à un moment quelconque la dissolution de la société. Mais la communauté, cette société pécuniaire entre époux, était considérée au XIII<sup>e</sup> siècle comme l'accessoire obligé du mariage. C'était, semble-t-il, une institution d'ordre public comme le mariage lui-même : on ne connaissait pas à cette époque de clause dérogatoire aux règles de cette société ; il n'était pas entré dans les usages, ni peut-être permis par la coutume, d'étendre ou de restreindre la masse de biens qui devait y entrer, ni de modifier les principes de son administration, ni enfin de la dissoudre pour quelque motif que ce fût, avant que la mort de l'un des conjoints eût fait cesser l'union des personnes.

On a soutenu pourtant que dès le XIII<sup>e</sup> siècle la séparation de biens existait comme accessoire de la séparation de corps (1) et l'on a cité à l'appui deux passages des Assises de Jérusalem, qui disent en substance que, si le mari se met à jouer et à boire tout son bien, la

(1) Viollet, *Histoire du droit*, p. 790.



femme est fondée à demander la mise en séquestre de son domaine, et que, si le mari est déjà trop appauvri il doit au moins livrer tout ce qu'il a et s'engager par serment à désintéresser sa femme sur l'argent qu'il gagnera par son travail (1). Où trouve-t-on rien dans ce passage, qui ressemble à une séparation de biens ? Nous montre-t-on la communauté dissoute et liquidée ? la femme mise en possession d'une certaine masse de biens pour l'administrer et en jouir librement ? On ne saurait y voir autre chose que des mesures conservatoires destinées à assurer le douaire de la femme pour le cas de survie. Il y a dans Beaumanoir un endroit qui fait penser davantage à la séparation de biens comme accessoire de la séparation de corps. Un mari a chassé sa femme sans raison et refusé de la reprendre : « Si le justice, dit l'auteur, voit que ce n'est ès-coulpes de le

(1) *Assises de Jérusalem*. Cour des Bourgeois, chap. 171 et 172 : « Biens sachés que s'il avient que uns hom qui ait feme, coumence à guier et à bevre et au manger et à destruire canque il a, si qu'il coumence par se à apovrir, la raison coumande que la feme peut bien demander son douaire. Et est tenus ces maris par droit de metre son douaire ou le vaillant en la main de proudes homes, ou en tel lieu qui sée sauf a celui ou cele qui avoir le devra, car ce est dreit et raison par l'asise et par la lei de Jérusalem. » Et « S'il avient que aucuns hons seit mis en plait de rendre le douaire de sa moullier, et il est tant povres que il n'en a de a de quei rendre, la raison et la lei coumande, celui ou cele qui rendre devoit celui douaire et n'a que quei paier, que il ne deit por ce estre mis en prison ne condanné dou cors, mais det paier tant com il a, et dou remanant det jurer sur sains que il donra que il li guaaignera traiant sa vie escharsement, et qu'il ne se partira de la vile sans son congé jusques il l'ait païée. » Ed. Beugnot, t. II, pp. 116-117.

feme, prendre doit des biens du mary, tant qu'ele soit porveue soufisamment. » Mais poursuivons notre lecture : nous voyons que, dans tous les cas où la femme a de justes causes pour quitter son mari, « ele pot requere a le justice qu'elle ait des biens communs por sa soufissance... *Neporquant, il n'y a nule division come de moitié ou de quart*, ni les despuelles de notre hiretage n'emporterait elle selonc nostre coutume. Donques convient-il qu'ele soit *secourue* par l'office as juges et selon lor loial estimation (1) ». Peut-on dire en termes plus clairs que la communauté subsiste malgré la séparation de corps, et que la femme, lorsque la séparation est prononcée à son profit, a seulement droit à recevoir de son mari une pension alimentaire ? Tout cela, remarquons-le, est d'une logique rigoureuse : la séparation de corps dispense seulement les époux d'habiter ensemble, mais elle laisse subsister, avec le mariage, toutes ses autres conséquences, notamment la communauté de biens et l'obligation pour le mari de subvenir aux besoins de sa femme.

Supposons maintenant le mariage dissous. La femme restée veuve ou ses héritiers pouvaient-ils échapper aux conséquences de la communauté quand elle se soldait par un déficit ? Beaumanoir dit qu'il leur était loisible de s'exonérer des dettes en renonçant à leur part dans les meubles communs (2). La femme abandonnait aux

“ (1) Beaumanoir, LVII, 2 et 4.

(2) Beaumanoir, XIII, 9.

créanciers tout ce qu'ils pouvaient saisir dans la communauté, et elle sauvait pour l'avenir les fruits de ses propres et de sa part de conquêts. Voilà, en vérité, une prérogative exorbitante ; mais, quoique Beaumanoir ne distingue pas, nous croyons que ce privilège était spécial aux femmes nobles. Dans les trois siècles qui suivirent, ce droit leur fut réservé, et c'est seulement en 1580 que la coutume de Paris étendit cette faveur aux femmes roturières. La vieille coutume de Bretagne dit : « Et peut fame à *noble* home relenquir es moubles et es debtes (1). » Au XIV<sup>e</sup> siècle, il n'est jamais question de renonciation à la communauté que pour les femmes nobles, et nombre de textes présentent la femme comme tenue *en son privé nom* après le mariage, bien qu'elle ne se soit pas expressément obligée, et sans faire allusion à un droit quelconque de renonciation (2). On donne pour origine de ce droit si contraire aux règles de la société les obligations excessives que contractaient les chevaliers pour s'équiper et partir en croisade (3). Sans doute aussi la noblesse se préoccupait-elle dès cette époque d'une idée qui se généralisa dans la suite et fut une des idées directrices de notre ancien droit :

(1) *Tr. anc. cout. de Bretagne*, chap. 35, éd. Planiol, p. 80. *Adde* chap. 207, p. 207.

(2) Bouteiller, *op. cit.*, l. II, 21. *Cout. Notoires*, n<sup>os</sup> 15, 83, 167. J. des Mares, *décision* 153.

(3) *Grand Coutumier*, II, 41, éd. Laboulaye, pp. 375-376. Remarquons une note de Charondas disant que ce privilège n'était certainement pas accordé aux femmes roturières, à l'origine.

je veux parler du souci de conserver, pour la splendeur du nom, les biens dans les familles.

La femme mariée, dans la communauté coutumière, se trouvait donc obligée, sans engagement personnel de sa part, à toutes les suites de cette société, que gérât son mari ; elle en était tenue sur tous ses meubles, dès le jour où elle en avait la libre disposition ; elle ne pouvait se soustraire à ces obligations ni pour le passé ni même pour l'avenir. Elle jouait bien, au point de vue passif comme au point de vue actif, le rôle d'une associée, et, qui plus est, d'une associée nécessaire et légale.

\*  
\* \*

Le mari est chef de la communauté, et il convient que la femme souffre la volonté de son seigneur. Quelles sont les limites de ce pouvoir, et comment se conciliait-il avec les droits de la femme ?

Remarquons d'abord que le mari n'avait droit qu'aux meubles et aux fruits des immeubles. Or, à cette époque, les seuls biens importants étaient les immeubles et la maxime *Res mobilis, res vilis*, si elle fut encore vraie aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, à une époque où l'industrie et les arts prenaient leur essor, le fut bien plus encore au temps de la féodalité, lorsque l'on pouvait dire : Tant vaut la terre, tant vaut l'homme. Il y aurait donc quelque exagération à représenter le mari comme le maître absolu du patrimoine.

Mais sur les meubles mêmes, quels étaient ses droits ?

Il pouvait vendre, donner, perdre, dissiper ; la femme n'avait rien à dire. Supposons même qu'il eût employé ses deniers à l'achat d'une rente viagère réversible sur lui ou sur sa femme en cas de survie, qu'il eût ainsi manifesté l'intention de les utiliser dans leur intérêt commun, d'une manière aussi évidente que s'il avait acheté un immeuble ; peu importe ; il pouvait faire de cette rente ce que bon lui semblait : elle était mobilière (1).

Ces droits étaient limités seulement par des obligations corrélatives : le mari disposait à son gré des meubles, « faisant providence à sa femme, avenaument, durant le mariage entre eulx, *jusques à tant que le mari maluse de ces choses* (2) ». Beaumanoir nous a déjà fait connaître que la justice pouvait contraindre le mari de donner à sa femme *sa suffisance*. Les fonctions de chef de famille ont leurs prérogatives, mais aussi leurs charges ; les unes ne vont point sans les autres. Ce soin que la coutume impose au mari de subvenir aux besoins du ménage, ce devoir moral, qui se traduit en droit par une obligation, est la raison d'être, mais en même temps la limite des larges pouvoirs qui lui sont attribués sur les meubles, c'est-à-dire sur des biens destinés à être transformés suivant les circonstances et consommés, au moins en grande partie, pour les dépenses d'entretien. Si le mari ne fournit pas à sa femme le néces-

(1) J. des Mares, *décision* 152.

(2) *Tr. anc. cout. de Bretagne*, chap. 82, éd. Planiol, p. 132.

saire, celle-ci s'adressera à la justice qui lui assurera *une soutenance*. Il n'est pas obligé de faire prospérer la communauté ; il peut même la laisser dépérir, et si, à la fin du mariage, il n'en reste pas un liard, la femme n'a rien à réclamer. Mais tant que le mariage dure, le mari est spécialement chargé de faire vivre sa femme et ses enfants. On peut conjecturer que cette obligation légale grevait même ses immeubles : aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles, lorsque déjà tendait à s'introduire l'habitude entre époux de se faire raison, à la dissolution de la communauté, des dépenses qu'ils ont faites l'un pour l'autre sur leurs propres, le mari ne pouvait demander de récompense pour son propre aliéné et employé à des dépenses d'entretien (1).

Reconnaissons que, sous cette seule réserve, le droit du mari sur les meubles était absolu : il les obligeait par ses délits, et les « confisquait » tous lorsqu'il se rendait coupable de crime capital, tandis que la femme, par son crime, n'engageait jamais que sa part, c'est-à-dire la moitié (2). Ses pouvoirs étaient aussi grands sur les meubles apportés par la femme que sur ceux qu'il apportait lui-même. Les textes répètent que le mari, qui ne peut agir seul en justice pour les héritages de sa femme, agit librement quand il n'est question que des « dépouilles », des fruits de ces héritages (3). Bouteiller

(1) *Livre des Droiz et Commandements*, n° 485.

(2) Beaumanoir, précité, XXX, 99.

(3) *Livre des Droiz et commandements*, nos 581, 884, 94.



dit seulement que si le mari met en gage « des choses à sa femme appartenant et servant à elle et à son corps », celle-ci les pourrait *retraire* ; mais il ajoute que si la loi écrite, c'est-à-dire le droit romain des pays de droit écrit, est en ce sens, les coutumiers sont généralement opposés à cette doctrine (1). Quelle que fût l'origine des biens meubles qui se trouvaient dans le ménage, le mari avait sur eux des pouvoirs absolus, très supérieurs à ceux d'un gérant de société. Si l'on considère que ces pouvoirs étaient légaux, on aura marqué les deux traits essentiels de la puissance maritale quant aux biens, et en même temps les deux différences les plus notables entre la communauté conjugale du XIII<sup>e</sup> siècle et la société ordinaire.

Cette communauté était bien une société, où les deux époux apportaient, outre leur industrie, une certaine quantité de biens pour les faire fructifier et les employer à une œuvre commune, où chacun avait un rôle actif dans la gestion, profitait des bénéfices et supportait une part des pertes. Mais cette société, au lieu d'être conventionnelle, était légale et obligatoire ; elle ne se dissolvait que par la mort de l'un des associés ; enfin le mari en était le gérant nécessaire, et ce droit légal d'administration, d'ailleurs justifié par des charges légales correspondantes, confinait, quant à certains biens, à un droit de propriété. Quelle était la raison

(1) Bouteiller, *op. cit.*, l. II, 29.

d'être de cette organisation ? Il ne faut point la chercher ailleurs que dans le mariage lui-même et dans les rapports d'ordre moral qu'il établit entre époux. Dumoulin se demande pourquoi le mari doit payer au seigneur le droit de relief pour un fief qui appartient à sa femme ; et il répond : « *Motivum illud fuisse videtur quod vir et uxor sunt una caro, non omnino æqualiter, quia vir est caput mulieris et non mulier* » (1). Ce sont les paroles mêmes de la Genèse, commentées par saint Paul dans son épître aux Ephésiens.

(1) Dumoulin, *Comment.*, tit. I, gl. IV, n° 3.

## CHAPITRE II

### LES PRINCIPES NOUVEAUX DE LA COMMUNAUTÉ

AU XVI<sup>e</sup> SIÈCLE.

D'après le tableau que l'on vient de tracer de la communauté au temps de Beaumanoir, l'adage de Dumoulin s'y serait très mal appliqué. La communauté qui est fixée dans la coutume de Paris de 1510, celle que décrit et commente notre jurisconsulte, diffère sensiblement de la *compaignie* du XIII<sup>e</sup> siècle. Dans l'espace d'à peine trois siècles, cette institution s'était transformée, tant par suite de nécessités pratiques, que sous des influences doctrinales et théoriques. La masse de biens qui supportait les conséquences de la gestion s'était étendue, et cette extension même avait rendu nécessaires certaines modifications dans les règles de gestion et de liquidation. D'autre part, le droit romain avait repris à cette époque une importance considérable ; il s'était infiltré même dans le droit coutumier ; et les jurisconsultes, habitués à chercher dans les textes du Digeste l'explication des institutions qui fonctionnaient sous leurs yeux, avaient essayé d'appliquer à la communauté coutumière le droit matrimonial romain, pourtant si

différent de principes et d'inspiration. C'est cette double transformation que nous voulons étudier.

\*  
\* \*

Au Moyen-Age les immeubles ne répondaient pas des dettes. Hors le cas de confiscation pour crime capital, le tenancier n'était jamais exposé à voir saisir sa terre. La raison en était que la propriété d'un fief ou d'une tenure censitaire résultait d'un lien personnel entre le titulaire et son seigneur, et qu'il ne devait pas être permis à un tiers, en s'emparant de la terre, de jeter le trouble dans ces rapports hiérarchiques, sur lesquels reposait la société féodale. A l'origine, il était même défendu au tenancier d'aliéner volontairement sa terre ; quand les tenures devinrent aliénables, elles n'en demeurèrent pas moins insaisissables (1). C'est peu à peu et par degrés successifs, que l'on parvint à l'exécution forcée sur les immeubles.

A l'époque de Beaumanoir on n'en était certainement pas arrivé là. Aussi avons-nous supposé dans tout le chapitre précédent que les meubles seuls répondaient de plein droit des dettes. Mais le jour où il fut admis que les immeubles des époux pourraient être saisis en paiement des dettes contractées, on conçoit quelle per-

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 161. « De ce que le tenancier pouvait, s'il le voulait, céder son fief ou sa censive, il n'en résultait pas, dit cet auteur, qu'on pût contre son gré lui enlever, avec sa terre, la place qu'il occupait dans le groupe féodal, »

turbation ce nouveau principe dut causer dans le fonctionnement de la communauté. Or c'est ce qui se produisit au courant des XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles. On ne saurait préciser davantage la date de cette transformation.

Il ne faut pas croire que le droit des créanciers sur les immeubles ait été proclamé en principe dans les coutumes à une époque déterminée. Une grande obscurité règne en cette matière. Au XII<sup>e</sup> siècle, les Assises de Jérusalem donnent l'exemple d'une véritable expropriation forcée ; mais au XIV<sup>e</sup> siècle Bouteiller dit encore que « l'on exécutait les levées des héritages et les meubles », mais que l'on ne pouvait « vendre l'héritage de l'obligé » (1). Tout ce que l'on peut dire avec certitude, c'est qu'à partir du moment où il fut permis d'aliéner volontairement sa terre, on chercha des moyens indirects pour amener le propriétaire endetté à vendre son fonds et à payer ses créanciers sur le prix de la vente. On emprisonnait le débiteur, on le chassait de la cité, on le menaçait d'excommunication ; ou bien les juges le condamnaient à héberger jusqu'à extinction de sa dette les gens de son créancier ; enfin le créancier se faisait adjuger la terre en *mortgage*, c'est-à-dire qu'il se faisait concéder le droit d'en percevoir les fruits, puis de la garder en propriété au bout d'un certain délai, passé lequel elle était forfaite, sauf

(1) *Assises de Jérusalem*, chap. 185. Bouteiller, *op. cit.*, édition d'Abbeville. Cité par M. Esmein, *op. cit.*, p. 165.

le droit pour les proches du débiteur d'exercer dans les quarante jours le retrait lignager (1).

Ce dernier procédé se rapprochait beaucoup de l'exécution forcée. Mais on devait arriver à une exécution directe et immédiate : le seul obstacle était la volonté du débiteur, qui s'obstinait à garder son bien. Mais si l'on pouvait à l'avance enchaîner cette volonté, n'aurait-on pas supprimé l'obstacle ? C'est ce que l'on fit au moyen de l'*obligation* : le prêteur, avant de lâcher ses deniers, se faisait concéder, pour le cas où il ne serait pas remboursé à l'échéance, le droit de saisir et de vendre les immeubles de son débiteur. Ce procédé était déjà connu au XIII<sup>e</sup> siècle ; et, si l'on réfléchit à l'insuffisance du gage mobilier à cette époque, on se figure aisément combien d'applications furent faites d'une convention qui donnait aux créanciers un gage plus solide et plus considérable, aux débiteurs un puissant élément de crédit. Ainsi les obligations devinrent clauses de style, et l'on considéra les dettes comme charge des immeubles aussi bien que des meubles.

Quand ce résultat fut acquis, ou même dès l'époque où les *obligations* furent d'un usage fréquent, quel dut être sur la communauté le contre-coup de cette innovation ? Tout d'abord, si cela devint un acte habituel d'engager les immeubles en même temps que les meu-

(1) V. *Etablissements de St-Louis*, II, 22, *Livre Roisin*, pp. 48-50 et autres textes cités par M. Esmein, dont nous ne faisons que résumer ici les savantes recherches.



bles, le mari, qui, jusque-là, avait eu pleins pouvoirs d'engager les meubles communs, dut avoir les mêmes droits à l'égard des conquêts. Bien plus, pouvant les engager, il put les aliéner librement, et le concours de la femme, jadis nécessaire pour aliéner ou charger les conquêts, devint désormais inutile. C'est ce que décidait la jurisprudence du Châtelet dès la fin du XIV<sup>e</sup> siècle (1).

Ce n'était pas seulement sur les conquêts que devait porter le droit des créanciers. L'obligation générale du mari allait grever ses propres et compromettre le douaire de la femme. Conséquence plus excessive encore : le mari, qui jadis engageait sans limite les revenus des biens de sa femme, chargerait maintenant le tréfonds de ces mêmes biens ; et la femme était exposée à se voir dépouillée de ses héritages, comme associée responsable des engagements de son mari. Enfin la femme, dans tous les cas où elle engageait précédemment les meubles communs, obligerait à l'avenir ses propres, les conquêts, et même les propres du mari ; celui-ci serait tenu sur tous ses biens des obligations contractées par la femme comme ménagère ou comme gérante intérimaire de la communauté.

Si ces solutions avaient été admises, la communauté coutumière serait devenue une société universelle de biens, réalisant plus complètement encore la fusion des

(1) *Cout. notoires*, n<sup>o</sup> 175.

patrimoines comme conséquence du mariage. Mais elles parurent dangereuses et contraires à l'intérêt public : c'était un principe que l'on devait conserver les biens dans les familles ; tout le système successoral était basé sur cette idée ; n'était-ce point faire une brèche au principe, que de permettre au mari de grever indéfiniment les héritages de sa femme, peut-être pour s'enrichir indirectement à ses dépens ? n'était-ce pas sacrifier cette règle essentielle, que de faire produire aux actes de la femme des effets aussi graves sur les propres du mari ? A ce résultat, pourtant, conduisait, avec une logique invincible, la communauté du XIII<sup>e</sup> siècle, combinée au nouveau principe que les immeubles comme les meubles sont le gage des créanciers.

On admettait bien que le mari devînt maître et seigneur des conquêts. Mais pouvoir compromettre les immeubles de sa femme, cela paraissait excessif : « *Maritus non debet onerare propria uxoris* » ; et l'on pensait d'autre part que le rôle de la femme dans la communauté menaçait de devenir indiscret et nuisible, si elle avait le droit de grever les héritages de son mari.

Il semble dès lors que la solution naturelle aurait consisté à décider qu'un immeuble propre ne pourrait être engagé sans le consentement de celui à qui il appartenait : jadis il fallait le concours des époux pour aliéner un propre : désormais il faudrait leur concours pour l'aliéner indirectement par l'effet d'une obligation. Telle eût été, croyons-nous, la solution simple et logi-

que du problème. Les jurisconsultes de l'époque crurent en trouver une meilleure dans les textes du Digeste.

\*  
\* \*

« Es pays coutumiers, les coutumes, qui sont contraires au droit écrit gâtent et détruisent le droit et sont appelées haineux droit (1). » Ce texte est cité avec d'autres par M. Gide, dans un passage où il fait ressortir le respect superstitieux et inintelligent des anciens légistes pour le droit romain (2). Nulle part cette tendance ne s'est mieux manifestée qu'en ce qui touche la situation pécuniaire de la femme mariée ; j'ajouterais volontiers que nulle part elle ne fut plus malencontreuse : car elle introduisit dans notre droit une institution, qui convenait sans doute aux mœurs antiques, qui pouvait avoir son utilité, sa raison d'être dans une société païenne, mais qui, importée dans des pays de civilisation germanique et chrétienne, n'a jamais pu s'y acclimater : je veux parler de *l'incapacité de la femme mariée*. L'épouse, au XIII<sup>e</sup> siècle, n'était pas une incapable ; sans doute elle était soumise à la puissance de son mari ; mais, comme dit M. Gide, « la puissance maritale constituait un droit pour le mari plutôt qu'une incapacité pour la femme ; la femme conservait en principe toute sa capacité, et ne perdait que son indépendance (3) ». Cette puissance, qui s'exerçait d'une manière

(1) *Grand Coutumier*, l. II, chap. 2, éd. Laboulaye, p. 190.

(2) P. Gide, *op. cit.*, p. 398.

(3) *Idem*, p. 404.

parfois brutale sur la personne de la femme, pouvait avoir des effets rigoureux quant aux biens ; mais, si la femme remplissait les fonctions subordonnées d'une associée en second, elle ne jouait pas le rôle effacé, insignifiant d'une incapable.

Passons à la seconde moitié du XIV<sup>e</sup> siècle ; écoutons Bouteiller parler de la femme : l'*imbecillitas sexus*, si elle ne se trouve pas dans les termes qu'il emploie, est bien au fond de sa pensée : « Fresle chose est de feme, dit-il, ne n'est garnie, de sa propre nature, de constance et de discrétion.... A elle est défendu tout fait d'armes et de procuration, pour la raison de Calphurnie, qui, jà soit ce qu'ele fut feme plus sage que nule autre, si ne sçeut avoir mesure et courut au juge sans manière pour ce qu'il appointa contre son opinion (1). » Qui ne saurait lire entre ces lignes les réminiscences du Digeste ?

Sous cette même influence on restreignit la liberté des engagements de la femme : c'est à cette époque que s'introduisit dans les coutumes le sénatusconsulte Velleïen qui défend aux femmes de s'engager pour autrui, et Bouteiller dit que cette prohibition vise spécialement le cas où la femme s'est obligée avec son mari (2). Ainsi s'infiltrait peu à peu dans le droit coutumier la notion d'*imbecillitas sexus*. Hâtons-nous de dire que

(1) Bouteiller, *op.cit.*, II, 2 et 6. *Adde* : P.de Fontaines, *Conseils à un ami*, XIX, 74 ; Cf. au Digeste, III, 1, *de postulando*, l.1, § 5 ; II, 13, *de edendo*, l. 12 ; Valère Maxime, VIII, 3, § 2.

(2) Bouteiller, *op. cit.*, II, 29, 1, 97.

cette notion, puisée dans les textes de Justinien, s'appliquait, comme au temps de cet empereur, aux seules femmes *mariées*. C'était une institution déjà défigurée, qui ressuscitait dans un nouveau milieu pour s'y déformer plus encore.

Voilà où en étaient les tendances doctrinales, lorsque se posa le problème dont nous avons parlé, concernant l'obligation des propres immobiliers. On crut le résoudre en accentuant l'incapacité de la femme. De cette rencontre entre des nécessités pratiques de droit coutumier et des considérations théoriques empruntées au droit romain, sortit une communauté bizarre et compliquée qui a pour base l'incapacité de la femme mariée.

Il fallait empêcher le mari de charger les propres de sa femme, la femme d'engager ceux du mari. On y arriva en faisant de la femme une incapable, du mari un tuteur responsable. Mais on dépassait en réalité le but visé : la femme, devenue incapable *propter fragilitatem sexus*, mise sur le rang d'un fils de famille soumis à l'autorité paternelle ou d'un pupille qui a besoin de l'*auctoritas ad integrandam personam* (1), n'eut plus le

(1) C'est le langage même des auteurs du XVI<sup>e</sup> siècle. Pontanus, *Ad Consuetud. Blesentium*, t. I, art. III, § 3, dit que la femme se peut engager par ses délits et quasi-délits, « quam rem probari posse puto ex comparatione mulieris cum pupillo pubertati proximo et doli capace ; quæ quidem recte ducitur ex actatis et sexus imbecillitate ac utriusque fragilitate consilii ». L'autorisation maritale est plus qu'un consentement : « Auctoritas est quam quis ad integrandam eam personam quæ subi subjecta est præstat : ut pater filio alicujus

pouvoir, sans doute, d'obliger les immeubles de son mari sans son autorisation ; mais il lui devint tout aussi impossible de s'obliger elle-même sur ses propres biens. Au XIII<sup>e</sup> siècle, elle s'engageait valablement pour le temps qui suivrait le mariage ; Dumoulin, annotant un article de coutume, observe que le contrat fait par femme mariée sans l'autorisation du mari, ou par enfant en puissance de père ou de tuteur sans consentement, ne vaut « *etiam soluto matrimonio vel patria aut tutoria potestate* » (1). L'article 225 de la coutume de Poitou, réformée en 1559, porte que la femme « ne peut s'engager seule au préjudice de son mari *ou d'elle* » ; et Dumoulin ajoute cette note : « *etiam postquam erit vidua, nec in praejudicium hæredum suorum* » (2). Cette question de l'incapacité de la femme était encore discutée au XVI<sup>e</sup> siècle, puisque Guy Coquille, dernier interprète de la véritable doctrine coutumière, soutient que, la femme étant inhabile pendant le mariage à cause de la puissance maritale, la nullité de ses engagements n'a lieu qu'à l'égard du mari (3). Mais la coutume de Paris de 1580 a tranché la controverse dans le

*gerendæ rei, maritus uxori, dominus servo, et si qua sunt similia.* » Adde Chasseneuz, *Ad Consuetud. Burgundiæ, rubr.* IV, § 5, n<sup>o</sup> 43.

(1) Cité par Renusson, *Communauté*, 1<sup>re</sup> partie, chap. VII, n<sup>o</sup> 4. Cet auteur, renvoyant à l'article 130 de la coutume de Troyes, donne une référence certainement erronée, que nous n'avons pu rectifier malgré nos recherches.

(2) Bourdot de Richebourg, t. IV. V. aussi la note de Dumoulin sous l'article 141 de la coutume de Sens de 1555, *eod. loc.*, t. III.

(3) Guy-Coquille, *Questions et responses*, n<sup>o</sup> 100.



sens des théories romaines, en décidant dans l'article 232 que « si la femme fait aucun contrat sans l'autorité et le consentement de son mari, tel contrat est nul, *tant pour le regard d'elle* que de son dit mari, et n'en peut être poursuivie, ni ses héritiers, après le décès de son dit mari » (1).

Au XIII<sup>e</sup> siècle, quand le mari était incapable ou absent, sa femme le remplaçait. Si elle est désormais incapable, cela devient impossible. Le mari mineur ou atteint de quelque autre incapacité ne saurait compléter la personnalité de sa femme pour des actes qu'il ne peut faire lui-même (2). On y suppléera au moyen d'une autorisation donnée par la justice. Mais quels seront les effets de cette autorisation supplétive ? problème compliqué, auquel donnait naissance cette théorie nouvelle.

Enfin quels seront dorénavant les pouvoirs du mari ? autre problème. Tantôt on le compare à un tuteur, tantôt on fait de lui un *paterfamilias* romain. Puisque la femme est incapable, son rôle dans la gestion se réduit à néant ; aussi n'est-ce point par une intervention active de sa part que ses intérêts seront sauvegardés ; bien au contraire, on l'écarte de la gestion, on rend le mari de plus en plus indépendant (3). Mais ce large pouvoir est

(1) Bourdot de Richebourg, t. III.

(2) Dumoulin, *Comment.* ad art. 114, n<sup>o</sup> 6 ; Choppin, *Cout. de Paris*, l. II, tit. 1, n<sup>o</sup> 16.

(3) Charondas, annotant Bouteiller, II, 29, dit que le mari représente toujours sa femme en justice, même pour les procès immobiliers.

contre balancé par une lourde responsabilité : moins la femme a de pouvoir pour se défendre elle-même, plus il importe que la loi prenne sa défense. Cette protection de la femme se trouve dans les prérogatives et les sûretés, qui lui sont attribuées dans la liquidation de la communauté, et qui, encore mal définies et peu étendues au temps de Dumoulin, vont s'affirmant et se développant sans cesse dans les siècles suivants.

\*  
\* \*

A travers ces déformations de la communauté, s'était perpétuée cependant la tradition du Moyen-Age, que « compagnie se forme par mariage » ; et les jurisconsultes, fidèles à leur méthode, essayèrent d'habiller à la romaine cette compagnie coutumière (1), de la classer dans un des types de société que leur fournissait le *Corpus Juris Civilis*. Ils n'y réussirent qu'à moitié. « Cette question de la communauté, écrit M. Laboulaye, les jurisconsultes du XVI<sup>e</sup> siècle l'ont singulièrement embrouillée malgré leur science profonde, ou plutôt à cause même de leur science. Imbus des doctrines romaines, ils ne pouvaient se rendre un compte exact de cette singulière institution, qui échappait sans cesse aux règles du contrat de société, dans lesquelles ils voulaient l'emprisonner (2). »

La communauté du XIII<sup>e</sup> siècle différait, par certains

(1) Chasseneuz, *Ad Consuet. Burgundiæ*, rubr. IV, § 9, n<sup>o</sup> 9.

(2) Laboulaye, *op. cit.*, p. 388.

côtés, de la société ordinaire. Mais combien en était plus éloignée encore cette communauté nouvelle, dont l'équilibre était dérangé par l'incapacité de la femme ! Si une société, dont les membres ont, en vertu de la loi, des pouvoirs inégaux, s'écarte de la notion ordinaire de société, qu'est-ce donc que l'union de deux personnes, dont l'une est tout, l'autre rien ? n'en est-ce pas le contre-pied ? La puissance maritale laissait encore place à une société conjugale ; mais pouvait-on concevoir une société se combinant avec l'incapacité absolue de l'un de ses membres ? Les jurisconsultes l'ont essayé ; et Dumoulin, lorsqu'il écrivit son célèbre adage, était précisément aux prises avec cette difficulté. Il est bien obligé de reconnaître qu'une telle société ne fonctionne point comme une société ordinaire ; il explique ce fait en disant que le droit de la femme comme associée n'existe, pendant le mariage, qu'à l'état théorique et latent, et qu'il se révélera dans toute son énergie le jour de la dissolution.

D'autres auteurs, plus avisés peut-être, renonçaient à toute comparaison entre la communauté et la société contractuelle. D'Argentré déclarait qu'il n'y avait aucune ressemblance entre la société donnant naissance à l'action *pro socio*, et « cette société d'usage, qui n'était pas plus de droit que la situation faite aux domestiques d'un *paterfamilias*, lorsqu'ils usent en commun de la cave et des provisions de bouche, selon qu'il plaît au maître ». « Il n'y a pas, disait-il, un objet dans tout

l'ameublement, que la femme puisse dire sien ; aussi, parler ici d'une société légale, c'est manquer de jugement (1). » Cet auteur était en avance sur son temps : il parlait déjà le langage de Pothier.

La coutume de Reims, pourtant, semble lui donner raison : cette coutume rédigée au XVI<sup>e</sup> siècle, écarte résolument l'idée de société conjugale : « Homme et femme conjoints par mariage, dit-elle, *ne sont uns et communs* en biens meubles et conquêts immeubles faits durant et constant le mariage, car le mari seul, sans l'avis et le consentement de la femme en peut disposer comme et à qui bon lui semblera. » Mais elle ajoute aussitôt : « Néanmoins, après le décès dudit mary est au choix et option de ladite femme survivant sondit mary, *de partir (partager) contre l'héritier de sondit mary*, ou de se tenir à ses douaire et apports... » (2). Et il ne s'agit pas d'un simple gain de survie au profit de la veuve, puisque l'article 265, au cas de prédécès de la femme, attribue à ses héritiers la moitié des conquêts, à charge, il est vrai, de supporter jusqu'à la mort du mari un usufruit qui lui est réservé sur ces biens. C'est donc encore une société que nous trouvons dans ces textes, mais une société qui ne commence à exister qu'au moment où elle se liquide. C'est l'idée de Dumou-

(1) D'Argentré, *Cout. de Bretagne* ad art. 408, gl. 3, Adde Choppin, *Cout. d'Anjou*, l. III, chap. II, tit. 2, n<sup>o</sup> 9,

(2) Bourdot de Richebourg, t. II,

lin exagérée et défigurée. L'auteur disait que la femme n'était pas à *proprement parler* une associée pendant le mariage ; et voilà une coutume qui lui refuse catégoriquement le titre d'associée pour le même temps.

Les écrivains des siècles suivants rappellent que jadis la femme était tenue comme associée des suites de la communauté, mais ajoutent que dans la suite on a reconnu quelle différence il y avait entre deux époux et deux associés ordinaires ; que d'une part « la femme incapable est dans la dépendance du mari » ; que de l'autre « il y aurait de l'inconvénient que le mari pût obliger sa femme sans son consentement » ; et ils concluent que « la communauté entre époux est exorbitante des sociétés ordinaires (1) ».

Il fallait en vérité que la tradition coutumière d'union des biens entre époux fût profondément enracinée dans l'esprit français pour que l'on essayât encore au XVIII<sup>e</sup> siècle d'analyser la communauté conjugale en une société. La question à cette époque ne se posait déjà plus dans les mêmes termes qu'au temps de Dumoulin. Le jurisconsulte du XVI<sup>e</sup> siècle avait cru concilier l'idée de société avec l'incapacité de la femme mariée, en disant que la femme, incapable pendant le mariage, écartée pour un temps des affaires communes, se réservait de jouer son rôle d'associée quand on liquiderait la communauté. Mais *rôle d'associée*, cela comprend à la fois

(1) Renusson, *Communauté*, 2<sup>e</sup> partie, chap. 1 ; Pothier, *Communauté*, art. préliminaire.

*droits et obligations* ; or la privation temporaire de droits imposée à la femme devait avoir pour conséquence inévitable de la dispenser d'obligations après le mariage ; l'omnipotence actuelle du mari devait nécessairement entraîner pour lui les charges futures les plus lourdes ; la balance, après avoir penché du côté du mari, pencherait du côté de la femme, et l'équilibre social, qui n'existait point pendant le mariage, n'avait pas plus de chance de s'établir dans la suite. Ainsi ce rôle d'associée, de la femme, qui, dans la pensée de Dumoulin, existait en germe dès le jour du mariage, devait forcément dégénérer, et devenir ce qu'il fut du temps de Pothier : la simple espérance d'une part dans des bénéfices incertains. On verra dans les développements qui vont suivre comment cette transformation s'accomplit, comment la communauté arriva à n'être plus, au XVIII<sup>e</sup> siècle, une société que de nom, comparable à une balance folle, qui, inclinée tantôt à droite, tantôt à gauche, ne trouve jamais son équilibre ; institution boîteuse, dont on a pu dire à juste titre : « C'est la femme que la communauté opprime tant qu'elle dure, c'est le mari lorsqu'elle est dissoute (1). »

Ce résultat devait fatalement se produire ; le simple raisonnement nous l'a fait prévoir. Il faut maintenant vérifier notre raisonnement et voir comment la pensée de Dumoulin s'est trouvée faussée dans l'esprit de ses

(1) Rapport de Duvergier au Tribunat, Fenet, XIII, p. 707.



successeurs par la force même des choses, par les conséquences logiques et impitoyables de ce nouveau principe introduit dans notre droit : *l'incapacité de la femme mariée*. On suivra dans cette étude un ordre analogue à celui qui a été adopté plus haut pour l'exposé de la communauté au XIII<sup>e</sup> siècle.

## CHAPITRE III

### ACTION COMMUNE DES ÉPOUX.

On a vu qu'au XIII<sup>e</sup> siècle la femme intervenait à côté de son mari lorsqu'il s'agissait d'aliéner ou de grever un immeuble quelconque, propre ou conquêt ; qu'au contraire son engagement personnel à côté de celui du mari présentait peu d'utilité et devait par suite être peu fréquent (1). A partir du XV<sup>e</sup> siècle, le concours de la femme aux actes de son mari se modifia dans sa nature et dans ses applications. Il se produisit en cette matière une série de transformations successives, d'autant plus intéressantes à étudier qu'elles se sont poursuivies dans la législation moderne. Sans pousser si loin notre étude dans ce chapitre, nous verrons néanmoins que l'intervention de la femme, réduite presque à néant par l'idée factice d'incapacité du sexe, s'imposa par sa nécessité même et commença de bonne heure à reconquérir le domaine très vaste qu'elle occupe dans notre droit actuel.

\*  
\* \*

Au début du XVI<sup>e</sup> siècle, la femme n'avait guère voix

(1) V. *suprà*, p. 26.

délibérative que lorsqu'il s'agissait d'aliéner ou de charger un de ses immeubles propres. On eût manqué le but visé, si l'on avait permis au mari de disposer librement des biens de sa femme : *Marito non licet onerare propria uxoris* ; tel est le principe, qu'il ne faut pas perdre de vue. Mais lorsqu'il s'agissait d'un conquêt, le mari avait toute liberté d'agir ; il était maître et seigneur des conquêts comme des meubles. Et s'il s'agissait d'un propre du mari, l'intervention de la femme à l'acte de disposition ne présentait plus le même intérêt qu'au XIII<sup>e</sup> siècle : à cette époque, elle intervenait pour renoncer à son douaire (1). Mais depuis lors cette renonciation était devenue inutile dans le cas où il y avait des enfants issus du mariage, même dans le cas où il en pouvait encore survenir, parce que, dès le jour du mariage, les biens affectés au douaire de la femme étaient réservés en propriété aux enfants : c'était le *douaire des enfants*.

Les origines de cette institution sont assez mal connues ; et l'on n'est pas d'accord sur l'époque où elle a pris naissance. L'auteur d'une thèse sur cette question a dit que le douaire coutumier des enfants avait été établi avec tous ses caractères, comme celui de la femme, par l'ordonnance de Philippe-Auguste, de 1214 (2). Si cette hypothèse était exacte, la renonciation de la femme au douaire n'aurait pas eu plus de raison d'être

(1) V. *suprà*, pp. 21-22.

(2) L. Marchant, *Le douaire des enfants*, p. 37.

au XIII<sup>e</sup> siècle que plus tard : or les textes cités plus haut pour cette époque parlent sans hésitation de cette renonciation. J'ajoute que l'hypothèse n'est pas sérieusement vérifiée. Le texte de l'ordonnance n'est point connu, et les comptes rendus, auxquels se réfère l'auteur (1), ne font allusion qu'au droit viager de la femme. Les nombreux textes de l'époque, que l'auteur cite ensuite prouvent bien que les enfants étaient appelés à recueillir après la mort de leur mère les biens sur lesquels elle exerçait son droit de viage, mais non qu'ils eussent sur ces biens, dès le mariage de leurs parents, un droit de propriété qui ne pût leur être enlevé sans leur consentement. Or tel est le trait caractéristique du douaire des enfants tel qu'il exista dans la suite ; et c'est le seul qui nous intéresse ici. Il y a plus : Beaumanoir dit en termes formels que le droit des enfants sur le douaire de leur mère peut être compromis ; il suppose que le mari a vendu seul un des immeubles, et dit que, s'il meurt le premier, la femme emporte son douaire ; « mais sitost qu'ele est morte, ajoute-t-il, li heritage va à celi qui l'aceta, *tout soit ce qu'ele ait enfans de celi qui le vendi*. Et par ce apert il bien que li enfans ne sont pas ahérités par reson des douaires lor mère, selonc nostre coustume (2). »

Au contraire, la jurisprudence du Châtelet, à la fin

(1) Laurière, *Recueil des ordonnances*, t. I, p. 46 ; Léopold Delisle, *Catalogue des actes de Phil. Auguste* (Paris, 1856).

(2) Beaumanoir, XIII, 5.

du XIV<sup>e</sup> siècle, décidait que « le douaire, dont la femme est douée au contrat de mariage est fait le propre héritage des enfants de ce mariage » (1). C'est donc dans le courant de ce siècle que le douaire des enfants devint ce qu'il est encore dans la coutume de Paris de 1580 (art. 249 et suiv.) (2), une sorte de réserve inattaquable portant exactement sur les mêmes biens que le droit viager de survie qui constituait le douaire de leur mère. Cette transformation eut pour conséquence évidente d'enlever toute utilité à l'intervention de la femme dans l'aliénation des propres de son mari. Qu'importait que la femme renonçât à son droit de viage, sur des biens frappés d'indisponibilité en faveur des enfants nés ou à naître ? En fait, pour ne pas rendre inaliénable tout le patrimoine on eut recours au douaire conventionnel, en faisant porter le double douaire sur la totalité de certains immeubles spécialement désignés. Mais alors, quand le mari aliénait un de ses immeubles, ou bien la femme n'était pas fondée à intervenir, n'ayant aucun droit sur le fonds, ou bien son intervention était inutile parce qu'elle laissait l'acquéreur exposé au recours des enfants. La mère pouvait bien empêcher le douaire de ses enfants de naître, comme le sien propre, en se mariant sans douaire ; mais le droit des enfants, une fois né,

(1) *Cout. Notoires*, n° 82 ; *Adde* : J. des Mares, *décisions* 217 et 283 ; *Grand Coutumier*, l. II, tit. 32, éd. Laboulaye, p. 322.

(2) Bourdot de Richebourg, t. III, *Adde* : Loysel, *Instit. Cout.*, n° 158 ; Renusson, *douaire*, chap. V, n° 8 ; V. la thèse de M. J. Schmitz sur le douaire coutumier, Paris, 1900, pp. 52-60.

avait une existence indépendante et la mère ne pouvait les en dépouiller (1).

Reste le cas où le ménage n'avait pas d'enfants et où l'on n'avait plus à en craindre la survenance. Même dans cette hypothèse, la femme, selon Bouteiller, ne renonçait point valablement au douaire, à moins qu'elle ne fût récompensée en autres héritages, et que sa renonciation ne fût accompagnée de certaines formalités (2). Laurière, qui cite ce passage de Bouteiller, dans une note sous Loysel, dit que pareille exigence n'était plus de mise au XVIII<sup>e</sup> siècle, et que le sénatus-consulte Velléen étant aboli, la femme pouvait bien en faveur de son mari renoncer à son douaire sans dédommagement (3).

Ainsi nous sommes amené à étudier l'histoire du sénatus-consulte Velléen, dans la communauté coutumière ; point capital en notre matière, car c'est au sujet du Velléen que s'est le mieux manifestée l'antinomie entre les deux idées de *Société conjugale* et d'*incapacité du sexe* ; et c'est le seul point où la notion de société ait remporté dès l'ancien droit une victoire définitive.

\*  
\* \*

Le sénatus-consulte Velléen interdisait aux femmes de s'obliger pour autrui, et spécialement aux femmes

(1) L. Marchant, *op. cit.*, pp. 122 et suiv. et les auteurs qu'il cite.

(2) Bouteiller, *op. cit.*, I, 97.

(3) Note sous Loysel, n<sup>o</sup> 151. Ed. Laboulaye, t. I, p. 183.



mariées d'engager leurs biens dans l'intérêt de leur mari. On conçoit aisément comme cette institution fut accueillie par les jurisconsultes coutumiers à une époque où la grande préoccupation était de prémunir les propres des femmes, dans l'intérêt des familles, contre les conséquences possibles de l'union conjugale. Les protéger contre les témérités de la femme elle-même en la restituant contre les engagements qu'elle aurait contractés seule, les sauvegarder de l'indélicatesse du mari en le menaçant de séparation de biens et de récompenses à fournir au besoin même sur ses propres, c'étaient sans doute des moyens de conservation très puissants : mais combien la garantie ne serait-elle pas plus solide encore si ces biens échappaient à l'action commune des époux ! Pour être logique, on aurait dû les frapper d'inaliénabilité, comme la dot romaine. On n'alla point jusque là ; mais s'il resta permis aux époux de les aliéner directement d'un commun accord, on leur interdit de les aliéner indirectement par leurs obligations. On protégeait ainsi la femme contre un mari, qui, abusant de son inexpérience, l'eût décidée à s'obliger en sa faveur, alors que peut-être elle n'eût jamais consenti à une aliénation immédiate de son bien. Aussi Bouteiller donne-t-il un exposé complet de l'incapacité veléienne : quoiqu'elle ne soit pas acceptée d'une façon unanime dans toutes les coutumes, on admet généralement que la femme mariée peut se faire restituer contre l'engagement qu'elle a contracté pour autrui, « si

contre elle n'estoit prouvé qu'elle y eust profit, ou que ce fust faict par marché ou par subtil engin pour autre decevoir (1) ».

Mais en même temps que le Velléien s'établissait dans les pays de coutumes, se répandait aussi l'habitude d'y renoncer par une clause spéciale. Cette prohibition était trop gênante ; les époux avaient besoin de crédit ; enfin l'habitude d'agir en commun pour toute opération de quelque importance était trop invétérée pour que l'on ne cherchât point quelque moyen de tourner la loi nouvelle. Celle-ci était faite en vue de maris prodigues et de femmes trop complaisantes ; mais elle frappait du même coup les ménages industriels en les mettant dans l'alternative ou d'aliéner des biens de famille ou d'abandonner des entreprises avantageuses. Aussi la pratique se répandit-elle bien vite d'exiger l'engagement de la femme à côté de celui du mari, en stipulant que la femme renonçait à se prévaloir du Velléien (2).

Que signifiait, dès lors, cette prohibition, s'il était si facile de l'éluder ? Que devenait la protection efficace dont on prétendait entourer la femme et son patrimoine, si un simple mot de cette incapable suffisait pour la faire tomber dans les pièges qui lui étaient tendus ? C'est alors que s'agitèrent nombre de controverses sur la renonciation au Velléien. Fallait-il considérer

(1) Bouteiller, *op. cit.*, I, 98 ; II, 99.

(2) *Livre des Droiz et commandements*, nos 783 et 928.

l'incapacité spéciale, édictée par ce sénatusconsulte, comme une institution d'ordre public, à laquelle il fût défendu de déroger, ainsi que le soutenaient les jurisconsultes du droit écrit (1). La renonciation, si elle était permise, devait-elle se faire en certaines formes spéciales? les canonistes pensaient généralement qu'elle devait être accompagnée d'un serment (2); d'autres n'admettaient point qu'elle se fit sous seing privé; Choppin, au contraire, allait jusqu'à se demander si la femme, en s'engageant par lettre de change, ne renonçait point tacitement au bénéfice du sénatusconsulte (3).

Autre question : la femme, qui s'engageait pour son mari et pour la communauté, était-elle bien en situation d'opposer l'incapacité velléienne? Ne pouvait-on pas soutenir qu'elle était intéressée dans les résultats de l'opération, et qu'elle avait contracté aussi bien dans son intérêt que dans celui de son mari? Les auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point. Quelques-uns pensaient que c'était une question de fait; d'autres ne reconnaissaient à la femme le droit de se prévaloir du Velléen que si elle renonçait à la communauté (4).

Dumoulin prit très nettement parti sur ces questions : on trouve dans ses écrits une théorie du Velléen, qui, tout en conservant la physionomie de l'institution ro-

(1) P. de Belleperche, *Commentarii ad codicem*. Ad sen. Vell. J. Faber, *Lectura super instituta*, ad tit. IV, 7.

(2) Dumoulin, *Sommaire des Contrats*, n° 166.

(3) Choppin, *Cout. de Paris*, l. II, tit. 1, §§ 6 et 7.

(4) Charondas, *Réponses*, VIII, 14.

maine mieux que ne le faisaient ses contemporains, donne satisfaction aux nécessités pratiques et laisse une large part à l'action commune des époux.

Il ne reconnaît aucune valeur aux clauses de renonciation, sous quelque forme qu'elles aient lieu, fussent-elles accompagnées d'un serment ; il dit que, si l'on part de cette idée que la femme est faible et facile à décevoir, cette même fragilité qui l'induit à renoncer peut l'induire aussi à jurer ; donc il ne doit point lui être permis de se priver de garantie par une déclaration de volonté, si expresse fût-elle. Mais il y a des cas où le bénéfice n'a pas lieu ; et il énumère ces cas tels qu'ils se trouvent dans le droit de Justinien (1). En somme, il reproduit très fidèlement la théorie romaine du Bas-Empire, qui ne connaissait point la renonciation contractuelle au sénatusconsulte.

Mais, quand une femme commune en biens s'est obligée avec son mari, peu importe qu'elle ait ou non renoncé : elle n'est point dans les termes du sénatusconsulte et ne saurait l'invoquer. Dumoulin suppose que deux époux se sont engagés ensemble à payer une rente. Si l'on était en pays de droit écrit, ils seraient obligés chacun pour leur part, et la femme pourrait opposer le Velléien au cas où on la poursuivrait pour la part de son mari. « Mais si les époux estoient communs en biens, poursuit notre auteur, en ce cas n'a lieu

(1) Dumoulin, *loc. cit.*

le Velléian, combien qu'il n'y soit aucunement renoncé ; car attendu ladite communauté, en laquelle tombe et est employé le *sort* (c'est-à-dire le *capital emprunté*) et qu'il est à présumer que cela est pris par les deux communs, pour le bien, augmentation et conservation de leur communauté, le Velléian n'a lieu, sinon que le créancier sceût bien, lors du contrat ou lors de l'argent par lui nommé, que la femme n'en amenderoit ny en son propre ny en communauté, mais que c'estoit pour les propres au profit du mary seulement... etc.(1). » Ce passage nous révèle la pensée de Dumoulin sur le rôle qu'il entendait attribuer à la femme comme associée dans le ménage. La qualité d'associée existait bien, selon lui, dans une large mesure, dès le temps du mariage, puisque dès ce moment la femme pouvait s'engager solidairement avec son mari pour les affaires communes ; elle était d'ores et déjà associée *in credito et in habitu*, et, bien qu'elle fût protégée, elle n'était pas reléguée complètement à l'écart des affaires communes. Dumoulin ne faisait intervenir le Velléien que juste dans la mesure, où l'on pouvait protéger la femme sans que cela nuisît aux tiers ni au crédit du ménage, c'est-à-dire lorsqu'elle avait été victime d'une fraude combinée entre son mari et des tiers.

La doctrine de Dumoulin ne parvint pas à triompher. Au lieu de reconnaître simplement la validité des enga-

(1) Dumoulin, *Sommaire des Contrats*, n° 162. Cf. *Tractatus contractuum*, n° 291, où il dit *uxor efficaciter obligatur in solidum*.

gements contractés par la femme à côté de son mari, réserve faite des cas de fraude, on continua à entourer la femme de garanties excessives, en lui permettant de s'en dépouiller. Le paiement des diverses sommes que le mari devrait payer à sa femme lors de la dissolution de la communauté, soit comme douaire conventionnel soit à titre de récompense, commença vers cette époque à être garanti par une hypothèque légale sur les biens du mari (1) ; mais la femme put renoncer à son hypothèque sur les immeubles que le mari vendait, et ce fut l'origine de ce pacte, qui, depuis, a pris tant d'importance sous le nom de renonciation et de subrogation à l'hypothèque légale. On reconnut bien que cela constituait une intercession prohibée par le sénatus-consulte, mais la femme tournait la difficulté en renonçant au bénéfice du Velléien. D'Argentré observe sans doute que, pour conserver intacte la garantie de la femme, le mari devrait au moins garder, affectée à l'hypothèque de sa femme, une part d'immeuble suffisante pour la désintéresser ; mais il nous apprend que, dans la pratique, on ne mettait pas de limite à ce droit, qu'avait la femme, de renoncer à son hypothèque, et il critique cet usage imprudent (2).

Ces garanties excessives, mais peu solides, donnaient lieu à nombre de procès. Chaque fois que la femme se trouvait appauvrie par suite d'engagements contractés

(1) D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, ad art. 436, gl. 2, n° 5.

(2) D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, ad art. 409, gl. 3, n°s 2-4.



avec son mari, elle soutenait qu'il y avait eu de sa part intercession prohibée et que sa renonciation au Velléen n'était point valable, soit pour défaut de forme, soit pour vice du consentement, soit même, suivant la théorie de d'Argentré, parce qu'elle supprimait le minimum de garantie nécessaire. De là des recours contre les officiers ministériels ; de là enfin un moyen pour les époux de tromper les tiers en les amenant à contracter pour leur opposer ensuite, contre toute attente, le fameux sénatus-consulte. Bref, il en sortit tant d'iniquités et de désordres, qu'un édit de 1606, suscité par un violent pamphlet, qui attira l'attention publique sur le vice de cette institution (1), abolit définitivement le Velléen, et déclara les femmes mariées capables, sans distinction, de s'obliger, pourvu qu'elles fussent autorisées de leur mari.

La femme était donc livrée sans défense, avec tout son patrimoine, à l'influence maritale. Elle pourrait s'obliger dans l'intérêt exclusif de son mari, et celui-ci userait de son autorité pour l'entraîner dans ses engagements qui ne devaient profiter qu'à lui seul. N'allait-on pas bien au delà de ce que proposait Dumoulin ? ne se jetait-on pas d'un excès dans un autre ? On put le croire un moment ; et quelques protestations se firent entendre, même dans les pays de coutume contre une mesure qui semblait menacer l'intérêt des familles (2).

(1) Jacques Léchassier, *Observation de la renonciation au Velléen*.

(2) P. Hévin, *Défense du droit civil*, t. II, p. 76.

Mais il survécut encore un vestige du Velléien dans la jurisprudence : on décida que la femme, qui s'obligerait avec son mari, serait réputée à son égard jouer seulement le rôle de caution. En Bretagne, il était admis depuis longtemps, que la femme qui s'engagerait avec son mari était réputée caution même à l'égard des tiers, et pouvait leur opposer le bénéfice de discussion (1). La jurisprudence parisienne n'osa pas aller jusque-là : cela eût paru trop contraire à l'édit de 1606, qui visait à conserver intacts les intérêts des tiers ; mais, si elle laissa la femme exposée à l'action des créanciers, elle lui donna un recours en indemnité contre son mari, préjugant que ce dernier avait seul bénéficié de l'engagement de sa femme (2). L'inspiration de cette jurisprudence, d'où est sorti notre article 1431, c'est encore l'idée d'*imbecillitas sexus*, survivant malgré l'abolition du Velléien. On ne protégeait plus la femme contre les tiers, parce que cela nuisait au crédit ; mais on la protégeait toujours contre son mari et contre ses propres entraînements (3). On supposait qu'elle n'avait tiré aucun avantage personnel de l'opération : elle n'en devait supporter les conséquences que dans la mesure de ses obligations de femme commune en biens, mesure très restreinte, comme on le verra ; on voulait qu'elle

(1) *Cout. de Bretagne*, art. 441 ; Bourdot de Richebourg, t. IV, *Tr. anc. cout. de Bretagne*, chap. 312, éd. Planiol, p. 290.

(2) Lebrun, *Communauté*, l. III, chap. II, sect. 2, dist. 6, n° 22.

(3) Lebrun, *eod. loc.*, n° 2 ; Bacquet, *Droits de Justice*, chap. XXI, n°s 93 et suiv.

se retrouvât en définitive dans la même situation que si elle n'avait pas parlé au contrat. Cette jurisprudence devait s'appliquer, suivant Lebrun, même dans le cas où manifestement le mari et la communauté n'étaient pas intéressés dans l'opération, par exemple lorsque les époux avaient tous deux cautionné la dette d'un tiers ; sinon un mari, aidé d'un compère, pourrait trop aisément frustrer sa femme (1). La seule fin de non-recevoir opposable à la femme, lorsqu'elle réclamait son indemnité était donc de prouver qu'elle seule avait profité de l'opération.

Cette jurisprudence laissait subsister entre les époux une certaine inégalité de situation ; mais cet avantage, qu'elle accordait à la femme, est le moindre de ceux qui lui furent reconnus à la même époque. Déjà se réalisait un notable retour à l'idée de société : l'intervention de la femme, rendue impossible par le Velléien et dangereuse par la pratique des renonciations ambiguës au bénéfice du sénatus-consulte, redevint possible du jour où la femme n'eut plus d'exception à opposer aux tiers. Elle devint d'autant plus nécessaire, et par suite d'autant plus fréquente, que l'hypothèque générale de la femme sur les biens de son mari était pour les tiers une menace, qu'ils éludaient volontiers en faisant promettre à la femme qu'elle ne leur opposerait pas son hypothèque. Enfin la pratique des sous-ordres hypo-

(1) Lebrun, *eod. loc.*, n° 12. *Contrà*, Bacquet, *eod. loc.*, n° 98 ; Ricard, *Cout. de Paris*, ad art. 221.

thécaires offrit aux tiers un nouveau motif pour exiger l'engagement de la femme à côté de celui du mari. Voici en quoi consistait cette pratique.

Lorsque l'on contractait avec le mari, on demandait que la femme s'obligeât aussi en donnant hypothèque sur ses propres biens. Par ce moyen l'on acquérait le droit de saisir ses biens, notamment celui de saisir et d'exercer à sa place son hypothèque légale sur les biens du mari. Quand un immeuble du mari était saisi et vendu, sur la somme qui revenait à la femme comme créancière hypothécaire, les créanciers de la femme se faisaient payer suivant l'ordre de leurs collocations, c'est-à-dire suivant les dates de leurs créances. Cette procédure de sous-ordre était-elle bien correcte ? On pouvait en douter, car les coutumes n'admettaient pas en général l'hypothèque sur les *deniers* qu'elle retirait de l'ordre ouvert sur les biens du mari : il semblait que cette somme aurait dû plutôt être distribuée au marc le franc. Mais, dès le XVII<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence du Parlement de Paris, confirmée par une ordonnance du 30 décembre 1681, décida d'une façon constante que les créanciers venant en sous-ordre saisissaient, comme l'explique Pothier, le droit d'hypothèque de leur débiteur, et que ce droit était considéré comme immobilier, abstraction faite de la nature des objets qui finissaient par le représenter dans le patrimoine de la femme (1).

(1) Pothier, *Procédure civile* (édit. Bugnet, t. X), n<sup>os</sup> 585 et suiv., 656 et suiv. ; De Héricourt, *Vente des immeubles*, chap. XI, sect. 4,

Ainsi, dès le XVII<sup>e</sup> siècle, l'hypothèque légale, remplissant le rôle qu'avait autrefois rempli le douaire, permit à la femme de s'immiscer dans les affaires communes. C'est seulement de nos jours, après des modifications que nous indiquerons plus loin, qu'elle devint une véritable monnaie de crédit à la disposition de la femme, et constitua le principal élément de son influence dans le ménage.

n<sup>o</sup> 2 ; Mérignac, *Des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, pp. 26-30.

## CHAPITRE IV

### LA FEMME AGISSANT POUR LA COMMUNAUTÉ.

Si l'on dit que la femme au XVI<sup>e</sup> siècle ne pouvait engager la communauté sans l'autorisation de son mari, il semble que cette proposition ne contienne aucun principe nouveau, car il en était de même au temps de Beaumanoir. Quoique rien ne fût changé en apparence, de profondes transformations s'étaient en réalité produites précisément sur ce point, restreignant le rôle de la femme comme associée dans le ménage. La nécessité de l'autorisation maritale, qui auparavant résultait de la puissance du mari, avait désormais une double raison d'être : la puissance du mari et l'incapacité de la femme. Par suite, tandis qu'au XIII<sup>e</sup> siècle la femme exerçait pleins pouvoirs sur la communauté partout où elle ne se heurtait pas à la volonté du mari (1), devenue à présent incapable, elle n'usait en aucun cas de ses pouvoirs d'associée, seule et sans contrôle : n'étant pas habile à contracter pour elle-même, comment eût-elle pu contracter pour la communauté ?

Cependant, les affaires du ménage restaient-elles en

(1) V. *suprà*, pp. 27 et suiv.



souffrance toutes les fois que le mari était absent, malade, dans l'impossibilité de donner une autorisation ? En pareil cas, un juge se chargeait de remplir, à la place du mari, cette fonction de tuteur *ad integrandam personam*. Ce fut l'origine de l'autorisation supplétive de justice, qui, d'abord nécessaire pour permettre à la femme d'ester en justice, le devint ensuite pour toute sorte d'actes (1). On alla même plus loin : suivant l'idée que la femme avait besoin d'être protégée contre ce mari que la loi lui donnait pour tuteur, que le mari, par un simple refus d'autorisation, pouvait nuire considérablement aux intérêts de la femme, on admit celle-ci à « se pourvoir auprès de son prince », quand son mari refusait de l'autoriser pour ester en justice (2) ; innovation très remarquable, puisque, au nom de la faiblesse du sexe et des intérêts patrimoniaux de la femme, on portait pour la première fois atteinte à la puissance maritale : la volonté du chef domestique, qui jusque là n'avait jamais été limitée que par la loi coutumière et les obligations qu'elle lui imposait, risquait désormais de se heurter à la volonté d'un autre homme plus puissant, d'un suzerain, et plus tard d'un juge, qui interviendrait entre sa femme et lui.

Au XVI<sup>e</sup> siècle l'autorisation supplétive de justice s'était définitivement établie et généralisée (3). Bien

(1) *Grand coutumier*, II, 32, éd. Laboulaye, p. 323.

(2) Bouteiller, *op. cit.*, I, 9.

(3) Papon, *Recueil d'arrêts*, l. VII, tit. 1, nos 12, 13, 19.

que la Coutume de Paris de 1510 n'eût pas encore enregistré cet usage, comme devait le faire celle de 1580 (art. 224), d'autres coutumes l'avaient définitivement adopté (1) ; Dumoulin, sous l'article 106 de la Coutume de Paris, écrivait que la femme, en l'absence du mari, pouvait, avec l'autorisation du juge, ester en jugement pour la communauté, *ut conjuncta persona* (2) ; mais lorsqu'il parlait ailleurs d'une femme titulaire d'un fief, qui se faisait autoriser en justice, contre le gré de son mari, pour jurer fidélité, force lui était bien d'admettre qu'elle n'agissait point là comme associée, et il donnait la véritable raison en disant : « Le juge doit secourir la femme pour la conservation de ses biens dotaux ou non (3). »

Mais quand la femme se faisait autoriser contre la volonté de son mari, les actes qu'elle accomplissait avaient-ils quelque effet sur la communauté ? On n'était pas d'accord sur ce point. Après bien des hésitations, la jurisprudence du XVI<sup>e</sup> siècle se fixa en ce sens que les juges, avant d'accorder l'autorisation, devaient examiner pour quel genre d'opération elle était requise, quels motifs le mari avait de refuser son consentement, et décider en conséquence si la communauté supporterait les conséquences de l'obligation que contracterait la femme ou du jugement qui pourrait être rendu con-

(1) V. notamment, *Cout. de Melun*, art. 215. Bourd. de R., t. III.

(2) Dumoulin, *Comment.* ad art. 106, n<sup>o</sup> 1.

(3) *Idem*, tit. I, gl. 1, n<sup>o</sup> 12.

tre elle (1). Dumoulin fait allusion à cette doctrine, lorsqu'il dit dans une note, sous l'article 215 de la Coutume de Melun, que les juges ne doivent autoriser qu'avec « connaissance de juste cause ; ou autrement, *non seulement le mary*, mais la partie défenderesse en pourroit appeler ». La controverse, toutefois, n'était pas encore vidée du temps de Lebrun. Cet auteur soutenait que le mari, légitime administrateur des biens de sa femme, ne pouvait, par un refus d'autorisation, s'exonérer de cette tutelle, qui était pour lui une charge autant qu'un droit ; par suite, s'il était de l'office du juge en pareil cas de n'autoriser la femme qu'à bon escient, d'assurer même l'emploi des deniers que la femme emprunterait, la communauté ne laissait pas de subir les conséquences du contrat ou du procès. Bien plus, s'il s'agissait pour la femme d'agir en justice, comme les juges, dans la plupart des cas, ne pouvaient se rendre compte de l'opportunité du procès sans examiner le fond de la cause, on devait, selon Lebrun, présumer que le mari avait tort de refuser l'autorisation, et habiliter la femme sans examen en menaçant la communauté des dépens et dommages-intérêts éventuels. Cette doctrine n'a point prévalu : à l'époque de Pothier, on décidait généralement que l'autorisation de justice ne compromettait point les biens communs ; c'est la solution qui a passé dans notre article 1426.

(1) Papon, *loc. cit.*, nos 13, 16, 17 (Arrêts de 1543, 1562, 1575), Adde arrêt des Grands jours de Troyes de 1588, cité par Lebrun, *Communauté*, l. II, chap. I, sect. 6, n° 2.

De tout ce qui précède, il résulte bien que la femme *autorisée* pouvait jouer un rôle actif dans les affaires communes ; mais livrée à elle-même, elle ne pouvait rien faire : elle était *incapable*. Le seul cas, où la volonté libre et spontanée de la femme produisît encore quelque effet, était lorsqu'il s'agissait de tirer le mari de prison : la femme avait alors le droit, sans aucune autorisation, d'engager les biens communs et ses propres biens. On en donnait pour raison, qu'il s'agissait d'un devoir de piété conjugale, pour l'accomplissement duquel la femme avait besoin d'assistance, et on motivait tant bien que mal cette décision au point de vue juridique en disant qu'il y avait autorisation implicite du mari (1). Mais cette exception, basée sur des considérations de morale plutôt que de droit, était enfermée dans d'étroites limites : la femme n'avait plus les mêmes pouvoirs lorsqu'il s'agissait seulement d'empêcher que son mari n'entrât en prison ; et lorsqu'elle était mineure, bien qu'émancipée par le mariage, elle devait se faire autoriser en justice (2). La jurisprudence avait encore admis l'autonomie de la femme dans des cas qui semblaient mériter la même faveur : des arrêts de 1595 et de 1651 avaient déclaré valables des dotations faites par une femme sur les biens communs, en l'absence de

(1) Chasseneuz, *op. cit.*, rubr. IV, § 1, n° 29 ; Renusson, *Communauté*, l. I, chap. VII, n°s 32 et 33 ; Lebrun, *op. cit.*, l. II, ch. I, sect. 1, n° 21 ; Pothier, *Puissance du mari*, n° 35. — *Contrà*, Bouhier, *Observations*, XIX, n°s 78 et suiv.

(2) Lebrun, *loc. cit.*, n° 25.

son mari, pour l'établissement de leur enfant par mariage et son entrée en religion. Pothier, qui rapporte ces décisions, les critique, et déclare qu'en pareil cas la femme aurait dû demander au juge l'autorisation (1). En vérité, puisque l'on parlait de ce principe que la femme était incapable, on devait logiquement écarter toute dérogation à la règle de l'autorisation. C'est ce que fit l'article 1427 du Code civil en exigeant que la femme se fit autoriser en justice même pour tirer son mari de prison.

\*  
\* \*

La femme tenue en lisière dans son rôle d'associée comme dans la gestion de son propre patrimoine, soumise au double pouvoir du mari et du juge, demandant à l'autorité publique une protection contre les abus de l'autorité domestique, mais toujours incapable de rien faire de sa seule initiative, tel est le tableau qu'offrent la jurisprudence et les auteurs du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle.

Il arrive pourtant tous les jours qu'une femme est obligée d'acheter, d'engager des services, de passer des marchés, pour les besoins du ménage : ce rôle lui est spécialement dévolu par les usages. Allait-elle, pour chacun de ces actes demander l'autorisation de son mari ou d'un juge ? Dans l'étude de la communauté au

(1) Pothier, *loc. cit.*, n° 41 ; Lebrun, *op. cit.*, I, II, ch. II, s. 2, n° 3.

XIII<sup>e</sup> siècle, nous n'avons pu répondre à cette question que par des hypothèses. Au XVI<sup>e</sup> siècle on y répondit en construisant toute une théorie savante, empruntée, suivant l'habitude, au droit romain. On aurait pu résoudre la difficulté par une analogie très simple tirée du droit coutumier : c'était un usage admis depuis des siècles, et consacré par l'article 114 de la coutume de Paris de 1510, que la femme, autorisée une fois pour toutes par son mari à faire le commerce, s'obligeait et obligeait la communauté pour tous les actes relatifs à son commerce ; ne venait-il pas tout naturellement à l'esprit de dire que la femme, par le fait même de l'entrée en ménage, était autorisée par le mari à faire tous les actes nécessaires à l'entretien journalier, et à contracter, tant en son nom qu'au nom de son mari, tous les engagements que comportait son rôle de ménagère ? Dumoulin, et après lui presque tous les jurisconsultes jusqu'à nos jours comprirent autrement le problème : ils firent de la femme *la mandataire du mari*. Toujours préoccupés de la protéger contre sa propre faiblesse, ils décidèrent qu'elle n'agissait alors qu'au nom de son mari en vertu d'une *procuracion* générale et tacite, et qu'elle l'obligeait, comme le mandataire oblige le mandant, *sans s'obliger elle-même*. Ainsi la femme, dans l'usage courant qu'elle faisait des deniers et du crédit du ménage, était considérée, non plus comme une associée, mais comme une préposée, une sorte de domestique : Bouhier, en un style plus relevé, la compare à



un maître d'hôtel de grande maison (1) ; conception bizarre, qui rapetissait singulièrement le rôle de l'épouse et de la mère de famille !

Dumoulin justifie cette théorie par un argument très spécieux ; il fait valoir que l'obligation de nourrir et d'entretenir la femme et les enfants est une charge personnelle au mari, que, par suite, la femme, qui ne se peut obliger dans l'intérêt exclusif de son mari, doit être réputée seulement avoir géré son affaire sans s'obliger elle-même (2). Voilà qui se concilie très mal, en vérité, avec la doctrine du même jurisconsulte sur l'engagement solidaire de la femme avec son mari (3). On l'a vu dans ce cas écarter presque entièrement le Velléen ; n'en fait-il pas ici l'application la plus étrange, bien qu'il s'en défende précisément en disant que le Velléen n'a rien à voir en cette matière. Comment ! la femme s'obligerait valablement, lorsqu'il s'agit d'améliorer ou d'accroître un conquêt, et son obligation serait nulle, quand elle achète les denrées nécessaires à sa vie et à celle de ses enfants ! Que le mari doive supporter en définitive l'obligation alimentaire, personne n'en doute : c'est une charge de la puissance maritale ; mais en déduire que la femme, qui a profité des denrées, soit libre de toute obligation à l'égard de ceux qui les ont fournies, c'est aboutir à une conséquence excessive,

(1) Bouhier, *op. cit.*, XIX, n° 96.

(2) Dumoulin, *Commentaire*, ad art. 114, n° 3.

(3) *Suprà*, pp. 68-69.

qui ne s'explique que par une interprétation forcée du Velléien. Tout au moins cette théorie aurait-elle dû disparaître avec le célèbre sénatus-consulte ; loin de là, elle nous fut pieusement transmise par les auteurs des siècles derniers, et nous la retrouverons dans la jurisprudence actuelle (1).

Puisque la femme n'agissait, dans ses contrats de ménage, qu'au nom de son mari, les créanciers n'avaient d'action contre le mari lui-même que dans la mesure où la femme n'avait pas outrepassé son mandat. Quelle était donc l'étendue du mandat de la femme ? Il se mesurait exactement sur l'obligation alimentaire du mari ; celui-ci était obligé de fournir à sa femme une nourriture, des vêtements, conformes à leur condition ; donc il devait faire honneur à tous les marchés de sa femme qui n'étaient pas hors de proportion avec leur situation. Mais si la femme se lançait dans des dépenses exagérées, il fallait se méfier : car le mari pouvait refuser de payer, et l'on n'avait pas de recours contre la femme, qui ne

(1) Nul n'a exposé ce système avec une netteté plus rude que Pothier (*Communauté*, n° 574). La femme, même après le mariage, ne peut être poursuivie en paiement de l'étoffe qu'elle porte : car « elle est censée l'avoir payée à son mari par la jouissance de la dot qu'elle lui a apportée. L'ayant payée à son mari, elle ne doit pas être obligée de la payer une seconde fois aux marchands... Ils ne seraient pas plus fondés à lui demander le paiement que ne serait un boulanger qui aurait fourni du pain à un maître de pension et qui s'avisait d'en demander le prix aux pensionnaires qui l'ont mangé ». La femme qui apporte une dot en paiement de son entretien, la femme *pensionnaire du mari* ! Nous voilà bien loin de la *société conjugale*.

s'était pas engagée personnellement, qui, l'eût-elle voulu, ne le pouvait pas, étant incapable et non autorisée. Tel est le système qu'exposent d'Argentré, Lebrun, Lamoignon et les nombreux arrêts qu'ils citent (1); système dangereux pour les tiers, puisqu'il leur fallait apprécier, d'après des apparences souvent trompeuses, les limites dans lesquelles il convenait de faire crédit à une femme.

Bouhier semble avoir aperçu les inconvénients de ce mandat tacite : il n'est pas aussi net que Pothier ; bien qu'il appelle la femme « le maître d'hôtel » du mari, il présente ce cas comme une exception à la règle de l'*autorisation*, et, le rapprochant de celui où la femme fait le commerce, déclare *qu'on doit suivre à peu près les mêmes règles* (2). Juge-t-il donc que la ménagère, comme la commerçante, s'oblige en même temps qu'elle oblige son mari et la communauté ? Il ne s'en explique pas formellement ; il y a dans sa pensée une indécision que nous retrouverons dans la jurisprudence moderne.

\*  
\* \*

La femme s'oblige par ses délits et quasi-délits, comme un mineur. Oblige-t-elle aussi la communauté et son mari ? Elle n'oblige point la communauté, car elle n'a sur les biens qui la composent aucun droit ac-

(1) D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 424, gl. 2 ; Lebrun, *op. cit.*, I. II, chap. II, t. 2, n° 6 ; Lamoignon, *Arrêtés ; Communauté de Biens*, art. 69.

(2) Bouhier, *op. cit.*, XIX, nos 92-95.

tuel (1). Mais le mari est tenu, en vertu de sa puissance, comme au XIII<sup>e</sup> siècle, de payer pour les délits de sa femme, *quia retinere et castigare uxorem debet*. Le mari, évidemment, paiera avec les deniers de la communauté ; mais cela ne prouve pas que la femme puisse engager ces deniers : *ipsius viri haec culpa est* (2). C'est exactement comme au XIII<sup>e</sup> siècle (3). Mais voici où surgit la différence : au temps de Beaumanoir, quand la femme était condamnée à une peine capitale, la moitié de communauté qui lui appartenait était confisquée (4). Au contraire, d'Argentré déclare que sa part n'est point confisquée en pareil cas, *quia usum duntaxat habet promiscuum, non etiam proprietatem ullam*. Au moment où la femme est atteinte par la condamnation, elle n'a encore qu'un droit imparfait sur la communauté ; la condamnation, qui la frappe de mort civile et la prive de tout droit, dissout le mariage, mais en même temps empêche ce droit imparfait de la femme de se transformer en un droit complet et actuel de copropriété (5).

Cet exemple fait bien saisir la transformation qui s'est opérée dans le droit de la femme : jadis copropriétaire de la masse commune dès le temps du mariage, malgré son rôle de subordonnée, elle n'a plus au XVI<sup>e</sup> siècle

(1) Lebrun, *op. cit.*, l. II, ch. II, sect. 3.

(2) D'Argentré, *op. cit.*, art. 423, gl. 2, n<sup>o</sup> 5.

(3) V. *suprà*, p. 28.

(4) V. *suprà*, p. 40.

(5) Pothier, *Communauté*, n<sup>o</sup> 504.

qu'un droit incomplet dans la communauté. Son incapacité de fait, qui la rend inhabile à s'obliger elle-même sans assistance, est doublée d'une véritable incapacité de droit. Les auteurs ont comparé le mari à un *paterfamilias*, la femme à un fils de famille *alieni juris* ; ce n'est pas sans raison : il semble que, pendant le mariage, tous les droits de la femme comme commune soient déposés entre les mains du mari, qui ne lui en concède que des parcelles chaque fois qu'il l'autorise, qui en jouit, en dispose même à son gré, et dont l'omnipotence n'est limitée durant le mariage que par l'intervention exceptionnelle et encore mal définie de la justice.

## CHAPITRE V

### DES OBLIGATIONS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS.

La conclusion à tirer des chapitres précédents, c'est que la femme ne jouait dans la communauté, comme dans la gestion de son patrimoine qu'un rôle d'incapable ; elle ne s'obligeait et n'obligeait jamais la bourse commune qu'en vertu d'une autorisation, ou d'une délégation de son mari. C'est dire que son intervention dans les affaires communes ne s'imposait jamais. Sur les meubles et sur les conquêts le mari avait des droits absolus, qu'il pouvait exercer sans même la consulter. La femme subissait-elle donc nécessairement toutes les conséquences de cette gestion indépendante, dans laquelle elle n'avait eu aucune part ? « *Maritus non debet onerare propria uxoris* » ; tel est le principe qui gouverne toute cette matière.

Une première conséquence de ce principe, c'est que, durant le mariage, les créanciers de la communauté n'avaient aucune action contre la femme, aucun droit de saisir ses immeubles. Dumoulin dit précisément à ce sujet que la femme n'est pas, à proprement parler, une associée tant que dure le mariage ; car, si elle était une associée dans toute la force du terme, elle devrait ré-



pondre immédiatement et sur tous ses biens, des engagements contractés par son mari.

C'était retarder le mal, non le supprimer. Si on s'en était tenu là, on eût donné à la femme une fausse sécurité pendant son mariage pour la ruiner une fois devenue veuve : car, d'après les traditions du XIII<sup>e</sup> siècle, elle répondait, comme commune, de toutes les obligations de son mari, et cette dette était d'autant plus lourde désormais qu'elle grevait non seulement les revenus, mais aussi le tréfonds des héritages.

On admit d'abord que la femme pouvait prévenir ce désastre en faisant cesser la communauté, avant la fin du mariage, par la séparation de biens judiciaire. Les origines de cette institution sont obscures. M. Glasson rapporte une séparation de biens amiable, reçue en justice à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle, et dont le but est de défendre les héritages de la femme contre un mari « gas-teur et dissipateur de biens », précisément à l'époque où les immeubles devenaient comme les meubles le gage des créanciers (1).

C'est sans doute vers ce temps qu'elle prit naissance. Elle permettait en outre à la femme de sauver sa part encore existante de meubles et de conquêts ; et c'est sous ce jour particulier que Dumoulin la présente, à une époque où les immeubles de la femme sont garantis par des moyens encore plus sûrs et plus efficaces.

(1) Glasson, *Histoire du Droit*, t. VII, p. 370, note 3.

La femme, qui obtient la séparation de biens, fait éclore dès le temps du mariage le droit en germe, qu'elle possédait sur les biens communs : *etiam constante matrimonio jus exit in actum* (1). Mais si la séparation de biens, à cette époque, n'avait plus la même importance qu'à l'origine pour la conservation des immeubles de la femme, elle devint la sauvegarde la meilleure des propres mobiliers, qui commençaient à se développer. La femme demanda la séparation de biens pour pouvoir prélever à temps la récompense due à propos de son propre aliéné, ou les deniers qu'elle avait apportés en les stipulant propres ; si bien qu'il a toujours été et qu'il est encore vrai de dire que la séparation de biens est faite pour conjurer le péril de la dot.

Ce droit de demander la dissolution de la communauté avant l'époque fixée par la loi n'a rien en soi de contraire à l'idée de société. Ce qui est hors du droit commun, c'est que cette faculté fut reconnue à la femme seule. Nous rencontrons ici une des nombreuses prérogatives accordées à la femme pour contrebalancer les pouvoirs exagérés du mari. Les auteurs se demandèrent s'il ne convenait pas de reconnaître dans certaines circonstances le même droit au mari. Lebrun cite un arrêt de 1602, qui prononça la séparation de biens à la requête du mari dans un cas, où la femme avait 114

(1) Dumoulin, *Comment.*, tit. I, gl. 4, n° 2. Cf. Lebrun, *Communauté*, l. II, chap. II, s. 2, n° 5.

procès indécis, et où le mari ne voulait pas consacrer ses revenus aux frais de tant d'affaires ; et il soutient qu'on devrait faire de même toutes les fois que les biens de la femme imposent à la communauté des sacrifices supérieurs aux revenus qu'elle en tire. Renusson et Pothier repoussent cette manière de voir, en disant que ce secours n'est accordé à la femme que pour lui permettre d'entrer en jouissance des propres et empêcher que son mari ne dissipe son bien ; que, par suite, le mari, administrateur des biens de sa femme et maître de la communauté, exerçant un contrôle presque absolu sur les engagements de sa femme, n'a pas besoin d'un tel secours. Si les héritages de sa femme lui coûtent plus qu'ils ne lui rapportent, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même (1).

Un privilège beaucoup plus exorbitant fut accordé à la femme, lorsqu'on lui reconnut le droit de soustraire ses biens personnels aux résultats fâcheux de la communauté, lors de sa dissolution, en y renonçant. Cette prérogative était auparavant réservée aux femmes nobles ; dans un temps où les meubles répondaient des dettes, elles s'exonéraient des dettes en abandonnant leur part dans les meubles communs (2). Quand les immeubles devinrent saisissables, leur renonciation dut

(1) Lebrun, *op. cit.*, l. III, chap. I, nos 41 et suiv. ; Renusson, *Communauté*, I<sup>re</sup> partie, chap. IX, nos 5 et suiv. ; Pothier, *Communauté*, n<sup>o</sup> 513.

(2) V. *suprà*, pp. 36-37.

porter aussi sur les conquêts ; c'est ce qui se produisit à partir de la fin du XIV<sup>e</sup> siècle (1). Tel est le droit consacré par la coutume de Paris de 1510 (art. 115). Mais à cette époque l'usage était déjà répandu chez les femmes roturières de stipuler dans leur contrat de mariage la faculté de renoncer à la communauté pour sauver leurs propres, ou, ce qui revenait à peu près au même, de ne supporter les dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'elles retireraient de la communauté.

Certaines coutumes du XVI<sup>e</sup> siècle reconnurent de plein droit des prérogatives de ce genre pour toutes les femmes, sans distinction de castes (2). La coutume de Montargis (chap. VIII, art. 8), tout en permettant des conventions en ce sens, déclarait qu'elles ne pourraient préjudicier aux créanciers. Mais la jurisprudence, guidée par le principe que l'on ne doit point permettre au mari de charger les propres de sa femme, se montrait très favorable à ces sortes de clauses. Dumoulin, en note de cet article de la coutume de Montargis, rapporte l'espèce suivante de l'an 1559 : une femme, mariée dans ce pays, avait stipulé par contrat de mariage la faculté de renoncer. Devenue veuve et renonçante, elle avait opposé vainement aux créanciers sa renonciation ; mais ayant fait appel devant le Parlement de Paris, elle ob-

(1) Fragments d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle, n<sup>os</sup> 47 et 192, cités par M. Glasson, *op. cit.*, pp. 371-372.

(2) Cout. de Poitou, art. 252, de Berry, t. VIII, art. 9, d'Anjou, art. 238, de Troyes, art. 12 (Bourdote de Richebourg, t. III et IV).

tint gain de cause, « parce qu'il ne devait pas être en la puissance du mary de charger les propres de sa femme » (1). C'était une jurisprudence très prétorienne : elle fait comprendre comment la renonciation des femmes roturières à la communauté et le bénéfice d'émolument, d'abord conventionnels, devinrent peu à peu des pratiques courantes, des clauses de style que l'on sous-entendait, enfin des facultés légales (2).

Dumoulin, après avoir rapporté l'arrêt ci-dessus, le déclare mal motivé ; on devait bien, selon lui, donner gain de cause à la femme, mais uniquement parce que sa renonciation *n'appauvrissait pas les créanciers : elle les empêchait seulement de s'enrichir*. Sans doute, dans sa pensée, la renonciation de la femme empêchait que sa qualité de commune ne se réalisât entièrement et que par suite le droit des créanciers à son égard ne *naquit* ; c'est toujours la même idée qui se poursuit dans l'esprit de ce jurisconsulte.

Remarquons que, s'il critiquait les motifs de l'arrêt, il approuvait la décision en elle-même : il admettait sans difficulté que la femme roturière stipulât le droit de renoncer à la communauté ; quant au bénéfice d'émolument, il le considérait déjà comme une clause de style

(1) Cout. de Montargis, t. VIII, art. 8 et note de Dumoulin, Bourdot de R., t. III, p. 843.

(2) V. pour le bénéfice d'émolument plusieurs arrêts du Parlement de Paris, qui, à partir de 1543 appliquèrent le bénéfice en l'absence de toute clause et malgré le silence de la coutume. Papon, *Recueil d'arrêts*, l. XV, tit. I, n° 24, tit. II, n° 1.

qui se pouvait sous-entendre. En réalité, la différence n'était pas grande entre ces deux prérogatives : l'une et l'autre, elles faisaient de la femme une sorte de commanditaire ; elles lui permettaient de limiter son risque à la valeur de ce qu'elle faisait entrer en communauté. Dans un cas la femme acceptait le titre d'associée, dans l'autre elle le répudiait ; mais c'était une différence de forme plutôt que de fond. Dumoulin pensait que le bénéfice d'émolument devait remplir pour les femmes roturières le même office que le droit de renonciation pour les femmes nobles ; il observait que ce bénéfice était en usage même dans des coutumes qui ne permettaient pas à la veuve de renoncer à la communauté et qu'il s'imposait par la force même des choses pour empêcher le mari de charger les propres de sa femme (1).

Le droit de renoncer à la communauté et le bénéfice d'émolument devinrent des facultés légales et accessibles à toutes les femmes dans la coutume de Paris de 1580 (art. 237 et 228). Les arrêts continuèrent à les appliquer même dans des pays dont les coutumes ne les admettaient point, et tous les auteurs parlèrent de cette double prérogative comme d'une garantie indispensable à la sauvegarde des propres, tout en reconnaissant que c'était une faveur dont ne jouissait aucun associé dans les autres sociétés (2). Bien plus, ces deux

(1) Notes de Dumoulin sur les articles 145 de la Cout. de Paris, 252 de celle du Poitou (Bourd. de R., t. III, p. 9, t. IV, p. 799).

(2) Brodeau sur Louet, lettre C, chap. f. ; Pothier, *Communauté*, n° 734 ; Renusson, *Communauté*, 2<sup>e</sup> partie, chap. I, n° 4.



avantages parurent si nécessaires qu'il fut défendu de les supprimer par convention. Lebrun dit que, dans un contrat de mariage, la clause, par laquelle une femme se privait du droit de renoncer à la communauté ou de n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument, était radicalement nulle comme « contraire à l'ordre public, intéressé à la conservation des dots des femmes (1) ». Son opinion a triomphé : aujourd'hui encore, la femme commune en biens ne peut renoncer à son double bénéfice. Dans cette protection forcée que l'on impose à la femme, n'y a-t-il pas comme un reflet du régime dotal ? Le langage de Lebrun ne rappelle-t-il pas cette phrase toute romaine : « *Reipublicæ interest mulierum dotes salvas fieri* » ? Que l'on jette un regard en arrière : au XIII<sup>e</sup> siècle, ce qui était d'ordre public, ce dont on ne pouvait s'écarter, c'était la communauté, la société de biens entre époux (2) ; aujourd'hui, ce qui est d'ordre public, c'est le droit pour la femme de renoncer à cette société lorsqu'elle existe, d'en répudier au moins en grande partie les conséquences onéreuses.

Dans la limite même des biens qu'elle risquait en communauté, la femme était-elle obligée comme commune indistinctement envers tous les créanciers de son mari pour la moitié des dettes contractées ? Lorsque le mari s'était obligé dans son intérêt personnel ou pour un enfant du premier lit, sa dette, selon Pothier, ne

(1) Lebrun, *op. cit.*, l. III, ch. II, s. 2, dist. 1, n<sup>o</sup> 2.

(2) V. *suprà*, p. 34.

tombait point dans la communauté (1). Faut-il en conclure nécessairement que la femme n'en était point tenue pour sa part à l'égard du créancier ? Au moins devait-elle prouver que le créancier avait connaissance de cette particularité, à défaut de quoi elle restait obligée comme commune, quitte à se faire indemniser par son mari. De même, quand une obligation avait été contractée par le mari en fraude des droits de sa femme, celle-ci pouvait attaquer l'obligation à charge de prouver, s'il s'agissait d'un contrat à titre onéreux, que le tiers était complice dans la fraude. C'était l'application exacte de l'action Paulienne (2).

Il y a en cette matière une question célèbre : lorsqu'un mari avait vendu de sa seule autorité le propre de sa femme, celle-ci était-elle tenue comme commune, de l'obligation de garantie contractée de ce chef par son mari ? Si l'on répondait par l'affirmative, il s'ensuivait nécessairement, malgré l'opinion divergente de Lebrun (3), que la femme ne pouvait revendiquer son propre : « quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio ». Pothier qui avait admis d'abord l'affirmative, se rangea ensuite à l'opinion contraire, et avec raison, me semble-t-il, car c'est bien là le cas d'un engagement contracté en fraude des droits de la femme (4). Dès lors, celle-ci pouvait faire tomber l'obli-

(1) Pothier, *Communauté*, n<sup>o</sup> 250, 251.

(2) Guy Coquille, *Questions et Responses*, n<sup>o</sup> 109.

(3) Lebrun, *op. cit.*, l. II, ch. III, s. 1, n<sup>o</sup> 38.

(4) Pothier, *Vente*, n<sup>o</sup> 179 ; Cf. Pothier, *Communauté*, n<sup>o</sup> 253.

gation de garantie, et avoir le champ libre pour exercer sa revendication. Elle pouvait prétendre à juste titre n'avoir pas été représentée comme associée par son mari, au moment où il contractait cet engagement.

\*  
\* \*

Limiter son risque social au montant de son apport en communauté, voilà quelle faveur était accordée à la femme par le droit commun, dans la coutume de 1580. Cela ne parut pas toujours suffisant. C'était, à la vérité, tout ce que réclamait la sûreté des propres. Mais la femme devait-elle nécessairement demeurer exposée à perdre, par la faute de son mari, les meubles qu'elle avait mis entre ses mains, et la part, qui devait lui revenir, dans les profits, que la communauté avait réalisés à un moment donné, peut-être par son industrie ? La séparation de biens servait à prévenir ce résultat fâcheux (1) ; en outre, il était permis à la femme de se réserver des droits sur les meubles communs à l'encontre des créanciers éventuels par différentes clauses insérées dans le contrat de mariage.

La femme pouvait d'abord stipuler qu'une partie de ses meubles lui resteraient propres ; c'est la clause de *réalisation*. Le mari pouvait certes, comme de nos jours, faire, lui aussi, usage de cette clause ; mais dans l'ancien droit on ne paraît guère l'avoir envisagée qu'au

(1) Lebrun, *op. cit.*, 1. II, chap. II, s. 2, n° 5.

profit de la femme. La coutume du Nivernais dit (t. XXIII, art. 17) qu'elle a pour effet de faire que les deniers de mariage « sont censés immeubles et héritages *pour la femme*, ses héritiers ou ayans-cause » (1) ; et Lebrun, sans ignorer que le mari pourrait stipuler cette clause, la déclare « bien plus naturelle en la personne de la femme (2) ». La réalisation était donc employée pratiquement comme clause de sûreté pour la femme ; elle lui permettait de se faire restituer certains meubles ou du moins leur valeur avant tout partage ; et cette créance, au XVIII<sup>e</sup> siècle, était garantie par l'hypothèque générale sur les biens du mari. A la même époque, on distinguait, à côté de la réalisation simple, la réalisation *à tous effets*, qui imprimait aux meubles le caractère de propres à tel point, que la femme n'en pouvait plus disposer si ce n'est de la même manière et dans la même mesure que s'il se fût agi d'immeubles de famille (3). Cette clause, qui frappait d'indisponibilité une partie des meubles, sentait un peu le régime dotal.

La femme avait aussi le droit de restreindre à l'avance le nombre des dettes dont elle se reconnaissait débitrice éventuelle, en stipulant que son mari paierait seul les dettes qu'il avait contractées avant le mariage. De même le mari pouvait refuser de prendre à

(1) Bourdot de R., t. III.

(2) Lebrun, *op. cit.*, l. I, ch. V, s. 1, dist. 3, n<sup>o</sup> 4.

(3) Lebrun, *op. cit.*, l. I, chap. V, s. 3, dist. 4, n<sup>os</sup> 10-12.

la charge de la communauté les engagements que la femme avait contractés avant leur union. Cette *clause de séparation des dettes* était particulièrement utile quand les futurs étaient majeurs, parce qu'il se pouvait alors qu'ils fussent obérés de dettes cachées qui porteraient préjudice au conjoint (1). En ce qui concerne la femme, la stipulation de séparation de dettes ne lui donnait pas le droit de s'opposer à la saisie des biens communs pendant le mariage : car elle n'avait sur eux qu'un droit latent. Mais si la saisie avait lieu, la femme pouvait réclamer à son mari une récompense lors de la dissolution de la communauté ; et si elle était poursuivie elle-même après le mariage, elle pouvait refuser de payer (2). C'était donc bien une dérogation à ses obligations d'associée.

Mais passons à des clauses qui soient spéciales à la femme. Le *préciput*, qui était à l'origine un avantage en faveur de l'un ou de l'autre des conjoints, devint avec le temps une clause stipulée uniquement pour la femme. C'était « l'avantage accordé au survivant des époux de prendre par délibération sur la communauté une certaine quantité de meubles fixée par la loi ou la convention des parties » (3). Il y en avait donc deux sortes : le préciput légal, et le préciput conventionnel. Le premier, particulier aux nobles, le seul qui fût connu dans

(1) Renusson, *Communauté*, 1<sup>re</sup> partie, chap. IX, n° 1.

(2) Lebrun, *op. cit.*, l. II, chap. III, s. 4, n° 3.

(3) Lebrun, *op. cit.*, l. III, chap. II, s. 1, dist. 4, n°s 1 et suiv.

le principe, était, d'après l'article 238 de la coutume de Paris, « le droit accordé au noble survivant sans enfants, de prendre et accepter les meubles étant hors de la ville et faubourgs de Paris, à la charge de payer les dettes mobilières et les obsèques du trépassé » (1). Ce gain de survie, qui avait pour but de « soutenir l'état des nobles », était attribué au mari aussi bien qu'à la femme. Mais le préciput conventionnel était presque toujours stipulé en faveur de la femme, et elle y jouissait d'avantages particuliers. On l'employait surtout pour assurer la reprise des bagues et bijoux, sans donner à ces objets la qualité de propres ; c'était un grand avantage pour la femme ; les auteurs discutaient si ce préciput s'exécutait, comme le préciput légal, même dans le cas où la femme renonçait à la communauté, ou s'il devait s'interpréter restrictivement (2). Guy Coquille le considérait comme une véritable donation faite par le mari à sa femme ; il en concluait que les créanciers du mari pouvaient le faire tomber lorsqu'il était constitué en fraude de leurs droits, et sans avoir à prouver la connivence de la femme dans la fraude. Cet auteur était hostile à la reprise des bagues et bijoux : « La femme veuve, dit-il, n'en a que faire, si ce n'est pour trouver un nouveau mari ; et n'est pas bienséant

(1) Bourdot de R., t. III, p. 46. Cf. les cout. de Vitry, art. 68, Reims, art. 282 (t. III et II).

(2) Bouhier, *Observ.*, XIII, 21 et suiv. pour l'interprétation large. *Contrà*, Lebrun, *loc. cit.*, nos 3 et 4 ; Pothier, *Comm.*, nos 447, 448.



qu'elle en recouvre un aux dépens du défunt ni qu'elle se pare pour plaire à autre qu'à son mari, qui les lui a donnés (1) ». Les réflexions des auteurs plus modernes, sur l'utilité du préciput, sont d'un esprit très différent : ils y voient un moyen pour la veuve de soutenir son rang et l'éclat de sa maison.

La femme, dont les risques dans la communauté étaient limités par le droit commun et pouvaient être réduits par une clause de réalisation, acquit la faculté de s'exonérer de tout risque, en stipulant la *reprise de son apport franc et quitte* : si elle renonçait à la communauté, elle reprendrait son apport sans supporter aucune dette. Cette clause est évidemment contraire à l'idée de société : la femme profitait de toutes les bonnes chances en évitant les mauvaises ; elle avait le choix de se déclarer, selon ses intérêts, associée ou simple prêteuse d'argent ; et, si elle prenait ce dernier parti, elle jouissait, pour la reprise de ce qu'elle avait prêté, d'une hypothèque qui lui donnait le pas sur les autres créanciers. Renusson reconnaissait bien que cette clause était « contre la nature de la société », et la jurisprudence, après quelques écarts, en était revenue, de son temps, à l'interpréter d'une manière restrictive (2).

Malgré la clause de reprise d'apport, on pouvait encore espérer que la femme prendrait le rôle d'associée. Voici une clause qui supprimait cette espérance : c'est

(1) Guy Coquille, *Questions et responses*, n° 116.

(2) Renusson, *Traité des Propres*, chap. IV, sect. 9, n°s 9 et suiv.

le *forfait de communauté*. La femme stipulait en se mariant, qu'elle recevrait, elle ou ses héritiers, à la dissolution du mariage une certaine somme pour tous droits communs ; cette somme représenterait la reprise de ce qu'elle aurait versé dans la communauté, plus un certain bénéfice que l'on fixait d'avance et à *forfait*. Ici, plus de doute, la femme ne serait jamais que le bailleur de fonds de son mari, que le créancier à terme incertain d'une somme déterminée, dont la créance deviendrait exigible le jour où la communauté se dissoudrait. Les créanciers ne pouvaient se flatter d'avoir jamais action sur ses biens, à moins qu'elle ne se fût personnellement engagée ; et dans ce cas, si la femme s'était obligée pour la communauté, elle avait, quoi qu'il advînt, recours pour le tout contre son mari : on ne pouvait prétendre en effet qu'elle se fût obligée alors dans son propre intérêt, puisqu'elle n'était pas intéressée dans la communauté, puisque le résultat de cette communauté était pour elle sans importance (1).

On avait discuté sur le point de savoir si la femme, au cas où les biens communs seraient insuffisants, pourrait poursuivre le paiement de son forfait sur les propres de son mari ; si cette clause ne comprenait pas implicitement la condition : « s'il se trouve assez de biens communs à la dissolution du mariage ». La question avait été résolue de très bonne heure dans un sens favo-

(1) Lebrun, *op. cit.*, l. III, chap. V, n° 8.

rable à la femme. On analysait l'opération en un contrat aléatoire passé entre les époux au moment du mariage : le mari avait acheté pour une certaine somme la part d'associée de sa femme ; que cette part fût petite ou grande, le mari devait payer, *au besoin sur ses biens*, le prix convenu, et la femme devait s'en contenter ; ainsi l'opération pouvait tourner indifféremment au profit du mari ou de la femme (1). Les créanciers ne pouvaient point, comme en matière de préciput, prétendre que la femme avait été avantagée par son mari à leurs dépens ; ils n'avaient aucun moyen de s'opposer aux droits de la femme sur quelque partie de patrimoine que ce fût : elle était et ne pouvait jamais être, à leurs yeux, qu'une créancière du mari, concurrente redoutable, armée qu'elle était de son hypothèque légale.

Cette clause détruisait donc bien chez la femme la qualité d'associée. Cependant, dit Lebrun, « encore que la femme ne soit pas assujettie aux dettes envers les créanciers, il reste toujours *une image de communauté* » (2). Mais supposons le forfait calculé de telle façon que la femme retire juste ce qu'elle a versé dans la communauté, ce qui peut se faire si l'on prévoit que le patrimoine restera le même ou à peu près ; quelle est alors la différence entre ce régime et l'exclusion de communauté ?

Faut-il parler de l'exclusion de communauté et de la

(1) Lebrun, *loc. cit.*, n° 43 ; Chasseneuz, *op. cit.*, rubr. IV, § 2, n° 19 ; d'Argentré, *Cout. de Bretagne*, ad art. 418, gl. 4 ; Pothier, *Communauté*, n° 430.

(2) Lebrun, *loc. cit.*, n° 11.

séparation de biens ? leur nom même nous avertit que nous ne devons y chercher aucune trace de la notion de société : il n'y a plus de société, plus de patrimoine commun, plus de bénéfices à partager ; ou bien la femme remet tous ses meubles à son mari pour qu'il en tire de quoi subvenir aux besoins de la famille, ou bien elle administre elle-même son patrimoine sous la seule obligation de verser entre les mains de son mari une sorte de pension annuelle. Il suffit de mentionner ces deux institutions, pour montrer à quel point le rôle de la femme comme associée dans le ménage, s'est modifié. Au XIII<sup>e</sup> siècle, à une époque où la communauté de biens était une conséquence inévitable du mariage, l'on n'eût pas admis des conventions de ce genre. Du temps de Lebrun elles étaient fort en usage, bien que l'on se rendît compte combien elles s'écartaient des principes coutumiers (1).

Nous venons de passer en revue les diverses mesures légales ou conventionnelles qui limitaient les obligations de la femme, comme associée à l'égard des tiers. On a pu apprécier que si le rôle actif de la femme comme associée avait bien diminué d'importance, sa situation passive était aussi devenue beaucoup moins lourde que précédemment. Pour terminer cette étude, il nous faut à présent pénétrer dans l'intérieur de la société, étudier quelles modifications les principes exposés plus haut ont apportées aux rapports des époux entre eux, et préciser les pouvoirs et les responsabilités du mari.

(1) Lebrun, liv. I, chap. III, n<sup>os</sup> 2 et 3.

## CHAPITRE VI

### POUVOIRS ET RESPONSABILITÉS DU MARI.

Pothier résume le rôle du mari, comme chef de communauté, en deux axiomes : « 1° Le mari, dit-il, est réputé le seul seigneur des biens de la communauté, tant qu'elle dure ; et il en peut disposer à son gré sans le consentement de sa femme ; 2° ces dispositions, néanmoins, ne sont valables qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude de la part que la femme et les héritiers de la femme ont le droit d'y avoir, lors de la dissolution de la communauté ; il ne peut surtout s'en avantager, ni ses héritiers, au préjudice de cette part (1). » C'est l'explication de l'article 225 de la coutume de 1580 qui reconnaissait au mari le pouvoir d'aliéner meubles et conquêts « *entre vifs*, à son plaisir et volonté, sans le consentement de la femme, à *personne capable et sans fraude* ».

Mais pour bien comprendre le rôle du mari, il ne faut pas perdre de vue, que, s'il est seigneur et maître de la communauté, il est en même temps le tuteur de sa femme, et que cette dernière qualité, qui peut être

(1) Pothier, *Communauté*, n° 467.

considérée comme une conséquence de la première, lui impose une responsabilité très lourde, qui a son contre-coup jusque dans la liquidation de la communauté. Nous ne séparerons donc pas ces deux choses qui sont souvent unies et confondues chez les anciens auteurs ; nous examinerons à ce double point de vue, d'abord ce que le mari pouvait faire durant le mariage, ensuite quelle responsabilité il encourait après la dissolution de la communauté.

\*  
\* \*

Si l'on se rappelle de quels pouvoirs le mari jouissait au XIII<sup>e</sup> siècle, comme chef de communauté pendant le mariage, et si l'on considère comment ces mêmes pouvoirs étaient fixés par les coutumes plus modernes et compris par les jurisconsultes des derniers siècles, on s'aperçoit que les droits du mari se sont accrus d'un côté et ont diminué de l'autre. La masse de biens sur laquelle il exerce une action libre et indépendante est plus considérable que précédemment : il est maître des conquêts comme des meubles. Mais, tandis qu'au temps de saint Louis son droit sur les meubles n'avait d'autre limite que l'obligation de subvenir aux besoins du ménage, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle il est tenu en respect dès le temps du mariage par la menace des responsabilités qu'il encourt. Il dispose en toute liberté des immeubles communs, mais il ne peut obliger sa femme au delà de sa mise en communauté ; et si ses engagements sont exagérés,



il est à la merci d'une demande en séparation de biens, et de la renonciation de sa femme à la communauté. Ses pouvoirs sont désormais une charge autant qu'un droit : le maître et seigneur des biens est doublé d'un tuteur et administrateur responsable. Aussi tous les auteurs ont-ils présenté le rôle du mari sous une double face : « Il est bien seul maître *actuel*, dit Dumoulin.... cependant il n'est pas absolument seul maître, car il est chargé de la communauté en ce qui regarde sa femme. » Et Guy Coquille, après l'avoir qualifié seigneur, *propriétaire* des meubles et conquêts, ajoute qu'il « ne doit exercer cette puissance et seigneurie, sinon avec équité et modération ». Même langage chez Lebrun, Renusson, Pothier (1). En théorie tous reconnaissent au mari un pouvoir absolu, auquel ils se hâtent d'apporter des restrictions en pratique. On a vu plus haut la femme tenue systématiquement à l'écart des affaires de la communauté, et cependant y intervenant par la force même des choses grâce à des moyens détournés, qui sont allés se perfectionnant de plus en plus jusqu'à nos jours. Nous nous trouvons ici en présence d'un phénomène analogue au premier, et qui lui est corrélatif : le mari est investi de droits exorbitants, mais il est sans cesse retenu dans l'exercice de sa toute puissance par des considérations pratiques.

(1) Dumoulin, *Comment.*, tit. I, gl. 4, n° 1 ; Guy Coquille, *op. cit.*, n° 116 ; Lebrun, *op. cit.*, l. II, ch. II, s. 2, n° 4 ; Renusson, *Communauté*, I<sup>re</sup> partie, chap. VI, n° 8 ; Pothier, *loc. cit.*

Il peut vendre même à des prix dérisoires, il peut grever les conquêts de charges réelles, il a le droit de les délaissier, de les perdre par sa négligence, par exemple en laissant s'accomplir une prescription ; il a toute liberté de briser les meubles ; enfin il peut donner entre vifs tous les biens communs, s'il lui plaît. S'il contracte une obligation, quel qu'en soit le motif, ses créanciers ont le droit de saisir les biens de la communauté. Commet-il un délit, les amendes et les dommages-intérêts seront payés avec des biens communs : car ces biens sont réputés faire partie de son patrimoine. Il en est propriétaire absolu, pour ainsi dire *unique* ; au point que la femme ne peut durant le mariage donner sa part d'un conquêt, même avec l'autorisation du mari : il faut que le mari *donne solidairement avec elle*, car il est *seul propriétaire actuel* (1).

Voilà la théorie ; passons à la pratique. Le mari ne jouit de ses pouvoirs que sous la condition de « faire provision compétente à sa femme durant le mariage d'entre eux » ; et « s'il est trouvé mal usant de ces biens, la femme peut demander la séparation de biens » (2). Ainsi ce devoir alimentaire, accompagné d'une sanction beaucoup plus rigoureuse qu'au Moyen-Age, devient une entrave plus gênante.

Autre borne aux pouvoirs du mari : il doit conserver à sa femme sa part de communauté. Cette obligation,

(1) Lebrun, *loc. cit.*

(2) Art. 408, Cout. de Bretagne, Bourdot de R., t. IV.

qui n'avait produit d'abord d'autre effet que de limiter à la moitié des biens communs son droit de disposition à cause de mort, est bien autrement sanctionnée dans les temps modernes. La femme, muette tant que dure le mariage, pourra dans la suite critiquer les aliénations consenties par son mari ou les obligations par lui contractées, en prouvant que ces actes ont été faits en fraude de ses droits. Si elle ne peut pas agir contre le tiers qui a profité de l'opération, elle réclamera une indemnité à son mari, et le poursuivra au besoin même sur ses biens propres. Le principe est que le mari ne peut disposer, pour le temps qui suivra la communauté, au-delà de ce qui doit lui revenir dans les biens communs. Sera considéré comme frauduleux tout acte destiné à tourner cette prohibition. Première application indiquée par Dumoulin (1) : toute disposition en vue de s'avantager lui-même ou d'avantager ses héritiers est réputée faite en fraude des droits de la femme. Plus tard on présuma la fraude à raison de la quotité excessive d'une donation, ou de l'époque à laquelle elle était faite : par exemple, si le mari avait fait une donation importante pendant la dernière maladie de sa femme. Nombre de cas offraient matière à controverse ; les termes vagues de la coutume : « à personne capable et sans fraude » laissaient une large place aux discussions des jurisconsultes (2).

(1) Dumoulin, *Comment.*, ad art. 107, Cout. de Paris.

(2) V. Pothier, *Communauté*, n° 487 et suiv. ; Lebrun, I. II, chap. II, sect. 1.

Certaines coutumes avaient restreint notablement le champ des controverses, en décidant que le mari, simple *administrateur* des biens communs *cum libera potestate*, ne devait point les donner même entre vifs, si ce n'est pour sa part seulement (1). Lebrun cite un arrêt de 1708 qui fut rendu dans la coutume du Maine sur l'espèce suivante. Un mari avait aliéné contre une rente viagère une rente perpétuelle qui était conquêt ; sa veuve demandait que l'on continuât à lui servir la moitié des arrérages de la rente perpétuelle. On lui donna gain de cause parce que la coutume ne permettait pas au mari de donner la moitié du conquêt qui revenait à sa femme ; il avait outrepassé ses pouvoirs d'administrateur (2). Pothier se rendait bien compte que dans ces coutumes le mari n'était plus maître et seigneur de la communauté (3). Il ne s'agissait plus, comme dans la coutume de Paris, d'un tempérament apporté à ses pouvoirs ; il y avait une différence de principe : à Paris, le mari était propriétaire des biens communs ; en Anjou il en était le gérant. Ce dernier système commençait à rallier les suffrages : « Le mari, dit Ferrière, peut être maître des biens de la communauté, comme

(1) Coutumes d'Anjou, art. 289, du Maine, art. 304, de Lodunois, chap. XXVI, art. 6 (Bourdot de R., t. IV).

(2) Lebrun, *op. cit.*, l. I, chap. V, s. 2, n° 18. Cet arrêt est mal fondé : car il y a dans l'espèce, non pas une donation, mais un contrat aléatoire à titre onéreux. Il n'en sert pas moins à faire voir la différence de principe qui existait entre ces coutumes et celle de Paris.

(3) Pothier, *Comm.*, n° 472.

chef, pour administrer les biens et non pour les perdre, car *donner c'est perdre* (1). » On se souvint de ces paroles lorsque l'on rédigea le Code civil.

Puisque le mari était maître et seigneur de la communauté, on en avait déduit logiquement qu'il engageait les biens communs indéfiniment par ses délits ; que, notamment, lorsqu'il était condamné pour crime capital tous les meubles communs étaient confisqués. Lorsque le mari eut acquis les mêmes pouvoirs sur les conquêts que sur les meubles, cette conséquence commença à paraître trop rigoureuse. Un édit de 1431, attribué à Charles VII ou à Henri VI roi d'Angleterre, abrogea cet usage à Paris, et décida que, dans le ressort de la coutume, la confiscation en pareil cas ne porterait que sur la moitié de la communauté (2). Mais dans les autres pays de coutume le droit antérieur subsista. Dumoulin chercha à généraliser la coutume de Paris sur ce point (3) et il y réussit : car, au temps de Pothier, il était généralement admis que la condamnation du mari n'entraînait confiscation que de la moitié de la communauté. « Le jugement qui condamne le mari à une peine capitale, dit Pothier, dissout la communauté. La confiscation des biens du mari, qui est une suite de cette peine capitale, n'a donc lieu que dans un temps

(1) Ferrière, *Cout. de Paris*, tit. III, art. 225, gl. 3.

(2) Lebrun, *op. cit.*, l. II, chap. II, s. 3, n° 1.

(3) Dumoulin, note sous l'article 212 de la cout. du Vermandois. Bourdot de R., t. II, p. 456.

où la communauté est dissoute, et où par conséquent le droit du mari se trouve réduit à moitié. Il n'en peut donc confisquer que la moitié (1). »

Ouvrons une parenthèse et comparons ce raisonnement à celui que fait le même jurisconsulte pour le cas où la femme est condamnée (2). L'application des mêmes principes semble devoir conduire à décider que la confiscation, frappant la femme au moment où elle a reçu sa part en communauté, emporte ce qu'elle a recueilli. Il n'en est rien : la mort civile, qui, lorsqu'elle frappe le mari, réduit à moitié son droit préexistant sur les biens communs, en dissolvant la communauté, empêche, lorsqu'elle frappe la femme, que le droit de celle-ci, jusqu'alors latent, ne vienne à éclosion complète. Ces deux passages doivent être rapprochés parce qu'ils montrent parfaitement la différence entre le droit du mari et celui de la femme : d'une part, droit actuel et absolu, résoluble pour moitié ; de l'autre, droit éventuel, dont la naissance est soumise à une condition suspensive.

Le mari n'était pas seulement maître des biens communs : il avait aussi certains droits sur les propres de sa femme, il les administrait, et en percevait les revenus, qui tombaient en communauté. La nature de ces droits, que l'on faisait découler de la puissance maritale (3), n'était pas facile à définir. Dumoulin dit que c'était plus

(1) Pothier, *Communauté*, n° 474.

(2) Pothier, *Communauté*, n° 501. V. *supra*, pp. 85-87.

(3) Lebrun, *op. cit.*, l. II, chap. II, sect. 4, n° 2.



qu'un usufruit et moins qu'un droit de propriété (1). C'était un usufruit à larges pouvoirs, une sorte de viage que le mari ne pouvait aliéner, et dont les créanciers ne pouvaient saisir que les émoluments au fur et à mesure qu'ils naissaient, *quia potest fieri praejudicium irreparabile uxori et magna captio*. Guy Coquille dit que le mari est administrateur et possesseur des biens de sa femme ; il en conclut que le mari, en sa qualité de possesseur peut bien défendre à l'action en revendication intentée contre sa femme, mais qu'il ne pourrait intenter en son lieu et place une action de ce genre (2). Ainsi ses droits comme administrateur, si larges qu'ils fussent, ne laissaient point d'avoir des limites beaucoup plus étroites que ses droits sur les biens communs : il suppléait sa femme incapable dans la gestion de ses biens ; mais il ne pouvait les aliéner ni les engager sans son consentement. Quand les coutumes disaient que le mari ne pouvait *charger* les propres de sa femme, qu'entendaient-elles par ce terme singulièrement élastique ? Elles voulaient dire, sans doute, que le mari ne pouvait, de sa seule initiative, faire un acte de nature à empêcher que la femme, après le mariage, n'exerçât pleinement, sur ses propres conservés intacts, son droit de propriété momentanément paralysé. Enfin lors même qu'il obtenait le consentement de sa femme, celle-ci était protégée encore dans le règlement de compte qui sui-

(1) Dumoulin, *Commentaire*, t. I, gl. 4, n° 1, ad art. 109, n° 4.

(2) Guy Coquille, *op. cit.*, n° 107. Cf. Lebrun, *loc. cit.*, n° 1.

vait la dissolution du mariage. Il nous reste à exposer les principes de cette liquidation.

\*  
\* \*

Au Moyen-Age quand un immeuble propre était vendu ou grevé de charge réelle, le conjoint propriétaire, qui avait consenti à l'opération, était censé avoir voulu faire un cadeau à la communauté ; un avantage en résultait pour l'autre conjoint, qui, à la dissolution de la communauté, recueillait la moitié du prix d'aliénation ; peu importait : à moins d'une indemnité réservée par clause spéciale, l'époux ancien propriétaire n'avait rien à réclamer. C'était l'époque où « un marine pouvait se lever trop matin pour vendre l'héritage de sa femme » (1).

Mais à l'époque où cette phrase fut écrite, les principes étaient bien changés : l'art. 232 de la Coutume de Paris avait posé en règle légale, que la communauté devait récompense aux époux pour le prix de leurs propres aliénés, et qu'à l'inverse chacun d'eux rapporterait les deniers qu'il lui aurait empruntés pour son avantage personnel. On ne saurait nier que ces nouveaux principes ne fussent plus conformes aux idées de société : quand un associé a puisé dans la caisse commune, ou lorsqu'il y a versé plus que sa mise, une indemnité doit être payée avant tout partage. Mais le système qui exis-

(1) Loysel, *Instit. cout.*, n° 416.

taut au XIII<sup>e</sup> siècle ne présentait pas autant d'inconvénients qu'on pourrait se l'imaginer au premier abord ; si la communauté ne devait rien pour le prix du propre aliéné, elle ne pouvait rien exiger non plus pour les deniers employés à l'amélioration d'un propre ; d'ailleurs les ventes d'immeuble étaient rares à cette époque : on n'y recourait guère qu'en cas d'extrême besoin et alors il était naturel de supposer que le conjoint sacrifiait son héritage pour les besoins du ménage ; enfin rien n'empêchait de stipuler dans la vente une clause de remploi. Aussi, si l'on trouve dans la vieille coutume de Bretagne l'indemnité au profit de la femme pour le prix de son propre aliéné, il ne semble pas que cette coutume se soit généralisée (1). La vérité, c'est qu'à partir du XIV<sup>e</sup> siècle les clauses de remploi devinrent de plus en plus fréquentes ; et cela, pour plusieurs raisons.

D'abord les opérations concernant les immeubles prenaient plus d'extension. La pratique des *obligations* entraînait les époux à engager leurs immeubles l'un pour l'autre ; mais ils ne s'y prêtaient en général qu'à charge de récompense. D'autre part les pouvoirs absolus du mari sur les conquêts avaient pour conséquence que la femme cherchait à conserver en propres ses immeubles de famille dans leur intégrité. Dès lors, s'il y avait dans un partage une soulte à payer, l'immeuble de succession, qui, de droit commun, serait devenu conquêt

(1) *Tr. anc. cout. de Bretagne*, chap. 315, éd. Planiol, p. 292.

pour partie, gardait tout entier la qualité de propre, à charge pour la femme de payer une indemnité. De même, si un parent de la femme vendait un bien de famille à un étranger, celle-ci pouvait exercer le *retrait lignager*, en désintéressant l'acheteur ; mais elle ne pouvait le faire qu'avec des deniers communs, par suite l'immeuble devait tomber au pouvoir du mari, et le but conservatoire du retrait lignager était manqué. Que faisait la femme ? elle promettait une indemnité à la communauté pour le jour de la dissolution, et gardait son acquisition en propre. Enfin les rentes constituées, qui étaient des biens immobiliers, donc des propres, devinrent rachetables au XVI<sup>e</sup> siècle. Supposons l'un des époux titulaire d'une rente de ce genre , il était exposé à se voir rembourser *malgré lui* le prix de sa rente, c'est-à-dire la valeur de son propre, et à voir cette somme tomber en communauté. Il ne pouvait plus être question ici de sacrifice *volontaire* fait dans l'intérêt commun. Aussi était-il d'usage que le conjoint remboursé stipulât soit un remploi immédiat en immeubles, soit une indemnité à toucher le jour de la dissolution, pour le prix qui allait se confondre avec les biens communs. A l'inverse quand l'un des époux se rédime, avec les deniers communs, d'une rente qui grevait un de ses propres, le bénéfice de la rente tombait, d'après les principes, en communauté ; et le propriétaire de l'immeuble, au lieu d'être libéré, se voyait contraint de servir la moitié des arrérages aux héritiers de son conjoint après

la dissolution de la communauté (1). Les gens mariés ne profitaient-ils donc pas de la faculté de rachat ? Ils y parvenaient au moyen d'une promesse de récompense ; on rachetait la rente à la communauté au moment même où celle-ci en devenait la nouvelle titulaire, en promettant de payer à la communauté, le jour où elle se dissoudrait, la valeur de la rente.

Une autre raison, qui explique la naissance et le développement de la théorie des récompenses, et qui fait comprendre pourquoi cette institution dévia de son principe égalitaire, c'est que l'on voulut protéger les époux l'un contre l'autre, les prémunir contre leurs entraînements, empêcher chacun d'eux d'avantager son conjoint, comme aussi de s'avantager lui-même à ses dépens. La prohibition des dons entre époux, très contraire à l'esprit chevaleresque et sentimental du Moyen-Age, était une idée d'origine romaine (2). Comme elle

(1) V. cout. de Paris de 1510, art. 119.

(2) Beaumanoir, au chapitre des dons illicites (chap. 70), n'indique pas de limites aux donations entre époux. — V. au contraire coutumes de Paris, art. 282, Orléans, art. 280, Meaux, art. 79, etc... (Bourdot de R., t. III). Il s'en faut d'ailleurs que les coutumes soient unanimes sur la prohibition des dons entre époux. V. notamment coutumes de Montfort, art. 149, du Maine, art. 334 (Bourdot de R., t. III et IV). Ferrière explique cette prohibition, dans son commentaire sur l'article 282 de la coutume de Paris, par « le soin et le désir de conserver les biens dans les familles ». Cf. Ulpien, l. 4, Dig. XXIV, 1 : *Ne mutuato amore spoliarentur*. Cependant le don mutuel, ne portant que sur les biens communs, et possible seulement s'il n'y avait pas d'enfants, paraît avoir été de tout temps permis (Cout. de Paris, art. 280).

se rencontrait avec cette idée, également romaine, que la femme, incapable et sans défense, se trouve dans un état d'infériorité à l'égard de son mari, il devait s'ensuivre nécessairement que la prohibition des avantages indirects aurait une portée plus considérable et une sanction plus rigoureuse lorsqu'il s'agirait de protéger les intérêts de la femme (1). De là vient que les récompenses de la femme furent plus étendues et mieux garanties que celles du mari. Ainsi cette question de règlements de comptes réciproques, qui dans les sociétés ordinaires est régie par la loi d'égalité, venant à se poser pour une société dont les membres sont inégaux, fut assujettie à la règle générale de cette société, à la loi d'*inégalité*. Liquidation entre associés dans le principe, elle se rapprocha bien vite d'un type très différent, et ressembla de plus en plus à une reddition de compte qui serait faite, par un gérant responsable, à un incapable. Rien de plus logique : quoique l'on eût conservé dans une certaine mesure l'idée de société conjugale, la femme était devenue une véritable pupille, le mari un véritable tuteur. Faut-il s'étonner, si la liquidation de leur société ressemblait, sous plus d'un rapport, à un compte de tutelle ?

Au XVI<sup>e</sup> siècle, malgré la fréquence des clauses de remploi et la faveur avec laquelle elles étaient considé-

(1) Cf. cout. d'Auvergne, t. XXIV, 39 et 46 (Bourdote de R., t. IV), qui permet que le mari donne à la femme, mais non que la femme donne au mari.



rées, elles n'étaient point devenues clauses de style : des arrêts de 1574 et de 1579 (1) font voir qu'à la veille même de la rédaction de 1580 le remploi n'avait lieu qu'en vertu d'une clause formelle insérée dans le contrat de mariage ou dans l'acte d'aliénation. L'article 232 de la coutume de 1580 créa donc la récompense légale. Mais à partir de cette date, cette institution ne cessa de se développer à un double point de vue.

D'abord elle s'étendit à d'autres coutumes, soit par mesure législative (2), soit par interprétation de jurisprudence. Dès le début du XVII<sup>e</sup> siècle on en fit l'application dans des pays dont les coutumes étaient muettes sur ce point (3). Puis elle s'infiltra même dans des contrées où les époux se faisaient librement des donations (4). Enfin au XVIII<sup>e</sup> siècle, Bouhier écrivait qu'elle avait fini par triompher en Bourgogne à cause de son équité, bien que la coutume y fût contraire (5).

La théorie des récompenses s'étendit aussi quant à ses cas d'application. Et c'est là que se manifestent les avantages de la femme. L'article 232 de la coutume de Paris ne prévoyait que la vente d'un propre et le rachat d'une rente. Par voie d'analogie on appliqua cet article

(1) Cités par Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. III, n° 5.

(2) Cout. d'Orléans, art. 192, et de Calais, art. 34, rédigées en 1583 (Bourdote de R., t. III et I).

(3) Renusson, *loc. cit.*, n° 4 ; Brodeau sur Louet, R, 30, n° 11. Arrêts de 1604 et 1610 dans le Perche et l'Angoumois ; de 1623 et 1624 dans le Poitou et en Touraine.

(4) Guy Coquille, *op. cit.*, n° 106.

(5) Bouhier, *op. cit.*, XIII, n° 5.

à d'autres opérations, d'où pouvait résulter un avantage pour l'un des époux. Guy Coquille dressait une liste déjà fort longue de tous les cas où le mari devait récompense à sa femme : c'était non seulement lorsqu'il s'était servi des deniers communs pour améliorer un propre à lui, mais aussi lorsqu'il avait fait quelque dépense pour un enfant du premier lit, lorsqu'il avait cautionné un de ses amis (1). Et si l'on passe à Lebrun et à Pothier, il est curieux de voir dans quels détails ils entrent : s'agit-il d'un propre aliéné, la communauté doit récompense du prix : et dans ce prix l'on doit tenir compte des épingles, des charges qui ont profité à la communauté, du temps de jouissance qui a été réservé, etc. (2). Quelle crainte que l'un des époux ne s'avantage au détriment de l'autre ! Cette préoccupation constante explique pourquoi le remploi, conventionnel à l'origine, puis légal, devient, au temps de Lebrun, une institution d'ordre public, à laquelle on ne peut déroger même par contrat de mariage (2).

Les clauses de communauté conventionnelle offrirent une nouvelle matière à récompenses. Chaque fois que l'un des conjoints se réservait quelque meuble en propre, si ce meuble se confondait avec les biens communs, l'époux stipulant restait créancier de sa valeur envers la communauté.

Mais voici un nouveau cas de récompense, spécial à

(1) Pothier, *Communauté*, nos 587 et suiv.

(2) Lebrun, *op. cit.*, l. III, chap. II, s. 4, dist. 2, n° 62.

la femme ; c'est celui où la femme s'est obligée envers des tiers avec son mari. A l'égard de ce dernier, elle n'est réputée que sa caution ; par suite, si elle a payé, elle a droit à indemnité de sa part. Les arrêts jugeaient sans difficulté que cette indemnité était légale comme le remploi de l'article 232, qu'elle en était le complément indispensable ; comme lui, elle était « fondée sur la faveur de la dot » (1).

Autre cas de récompense, qui est tout à l'avantage de la femme : une femme avait en propre une part indivise dans un immeuble ; le mari s'est rendu adjudicataire de l'immeuble sur licitation. En droit romain, l'immeuble devenait dotal tout entier, et la femme devait désintéresser le mari, plutôt que de perdre sa part indivise dotale. Dans notre droit on jugea trop onéreuse pour la femme l'obligation de payer à son mari un prix peut-être exagéré ; elle eut le choix de s'approprier l'immeuble en payant au mari récompense du prix, ou de lui laisser l'acquisition, si elle était mauvaise, en se faisant attribuer récompense pour sa part indivise, s'il y avait lieu. Ce droit d'option si favorable à la femme, d'abord discuté dans l'ancien droit, a fini par triompher et a passé dans le Code civil (art. 1408, § 2) (2).

(1) Lebrun, *op. cit.*, l. III, chap. II, s. 2, dist. 6. Cet auteur voyait dans l'indemnité de la femme une institution d'ordre public, qui devait selon lui exister sous tous les régimes ; à son avis, il n'était même pas nécessaire que l'obligation eût été contractée dans l'intérêt du mari. Tout le monde n'allait pas aussi loin que lui dans cette protection outrée de la dot. — V. *Contrà*, Bacquet, *Droits de justice*, chap. XI, nos 98 et 99.

(2) Lebrun, *op. cit.*, l. I, chap. V, s. 2, dist. 3, n° 12 ; Bourjon,

Mais les prérogatives de la femme ne consistaient pas encore tant dans l'étendue de ses récompenses que dans les garanties exorbitantes par lesquelles elles sont assurées. Les avantages qui lui sont faits dans la liquidation sont basés sur le même motif que son droit de renonciation, que le bénéfice d'émolument, que tous les avantages déjà vus : ils sont faits pour compenser l'inaction de la femme pendant le mariage. Le mari ne peut être contraint pendant le mariage d'employer les deniers propres à sa femme ; mais après la dissolution de la communauté, il en est responsable ; il est présumé avoir touché ces deniers et les avoir versés en communauté, s'il ne justifie pas les avoir employés de quelque autre façon (1). Par suite la femme a le droit d'exercer la première ses reprises sur les biens communs ; et si ces biens ne suffisent pas, elle se paiera sur les propres du mari, tandis que celui-ci ne pourrait, même par une clause spéciale, se réserver la faculté de poursuivre ses récompenses sur les propres de la femme (2).

*Droit commun, Communauté*, II<sup>e</sup> partie, chap. X, sec. 2, nos 11 et suiv.

(1) Lebrun, l. III, chap. II, sect. 1, dist. 2, n<sup>o</sup> 4 ; Pothier, *Communauté*, nos 609 et suiv.

(2) Lebrun, *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 68. Il y a eu, dans l'ancien droit, des controverses sur la nature de l'action en remploi. Du temps où le remploi était conventionnel, il se faisait par *assignation* sur les biens du mari, et conférait à la femme un droit réel, valable *erga omnes*. A la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, on observa que l'art. 229 de la cout. de Paris ordonnait le partage par moitié des biens communs ; qu'aucun des époux ne pouvait donc avoir de droit de propriété plus étendu sur la communauté, que par suite celui qui avait droit à récompense

Renusson observe que la coutume de Paris ne souffle mot d'un privilège aussi extraordinaire au profit de la femme, mais pense qu'il se justifie suffisamment par ce fait que le mari est maître de la communauté, administrateur des biens de sa femme, et doit à ce double titre répondre personnellement du prix des propres de sa femme (1). Lebrun sent combien est étrange la situation de cette femme, qui a consenti à la vente de son bien, accepté ensuite la communauté et semblé se constituer définitivement associée, et qui pourtant est admise à poursuivre sur le patrimoine de son associé une somme qu'elle avait pour ainsi dire prêtée à la société. « Elle est à la fois commune et non commune dit-il. Elle est commune puisqu'elle accepte la communauté ; et il est vrai de dire qu'elle n'est point commune, parce qu'elle se venge, sur les propres du mari, d'une aliénation qu'elle a consentie. » La grande raison de cette anomalie, comme de toutes les autres, c'est « l'intérêt des familles que les dots soient conservées » (2). Mais on en peut donner une explication juridique en distinguant le

n'était que créancier de la communauté, et que sa créance s'éteignait pour moitié par confusion (liquidation par système du *mi-de-nier*). D'après une opinion nouvelle au temps de Pothier, le droit à récompense était, dans les rapports entre époux, et en tant qu'il s'agissait de biens communs, un droit de propriété, un droit à une part plus forte dans la communauté (liquidation par *prélèvement*). On retrouvera cette controverse en droit moderne. V. pour les détails et références, Esmein, *Revue critique*, 1877, pp. 83-95.

(1) Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. 4, n° 4.

(2) Lebrun, *loc. cit.*, n° 66.

double rapport qui existe entre les époux : il faut voir en eux, non seulement des associés, mais aussi une femme incapable et un mari tuteur, et ne pas perdre de vue que, à côté de la liquidation de la communauté, il y a la reddition de compte du mari à sa femme pour la gestion de ses biens.

Cette comparaison entre le mari et le tuteur, rendant compte tous deux de leur mandat, paraîtra encore plus saisissante, si l'on observe que la femme, comme le mineur, a, pour garantie de ses récompenses et indemnités, hypothèque générale sur les biens de son mari. Les origines de cette hypothèque sont assez obscures. On la trouve, dès le XIV<sup>e</sup> siècle en Anjou, où « touz les biens au mary sont obligiez taisiblement à la fame por doaire » (1) ; et c'est sans doute dans cette fonction qu'elle se développa tout d'abord, surtout avec le douaire conventionnel portant sur les meubles. Au XVI<sup>e</sup> siècle la coutume de Laon de 1556 donne hypothèque à la femme sur les héritages de son mari pour son douaire. Certaines coutumes l'admettaient déjà pour garantir les reprises que la femme pouvait avoir stipulées lors de la vente d'un de ses propres (2). Et l'on admit dans la pratique à la même époque, que, chaque fois que la femme avait droit à une récompense à raison de ses propres,

(1) Beauteemps-Beaupré, *Coutumes de l'Anjou et du Maine*, pp. 197-198.

(2) Coutumes du Nivernais, XXIII, art. 8, Bourbonnais, art. 248 (Bourdot de R., t. II et III).



cette récompense était garantie par une hypothèque tacite générale sur les biens du mari, qui prenait rang au jour du contrat de mariage, et, à défaut de contrat, au jour du mariage ; que le mari, en se mariant, grevait ses biens de cette hypothèque, dont il ne pouvait à l'avance connaître l'importance, exactement comme un tuteur, entrant en charge, est frappé d'une hypothèque générale en garantie de sa gestion.

D'Argentré, qui rapporte cet usage, le critique en disant que les hypothèques tacites ne peuvent être établies qu'en vertu de la loi ou de la coutume, et qu'aucun texte n'en a établi pour les reprises de la femme, que l'on prétend vainement tirer du droit romain un argument d'analogie ; qu'il y a une grande différence entre le mari des pays coutumiers et le mari romain qui, devenant *propriétaire* de la dot à charge de restitution, était grevé d'hypothèque pour cette raison. « Ce que je dis, conclut-il, va fort étonner les praticiens ; car ils sont depuis longtemps persuadés du contraire, mais sans texte et sans autorité, car ils s'inspirent à faux du droit romain (1). »

Ces observations du jurisconsulte breton n'empêchèrent point l'hypothèque légale de se développer avec la théorie des récompenses. Dans l'ancien droit, tout acte notarié emportait hypothèque générale ; dès lors, il était tout naturel que du contrat de mariage résultât

(1) D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, ad art. 410, gl. 3, n° 4.

pour la femme une hypothèque, en garantie de ses propres confiés au mari. Mais la femme, qui se mariait sans contrat, n'avait pas moins besoin de garantie : on lui reconnut donc hypothèque à dater du jour du mariage. Plus tard, lorsque la femme eut droit à récompense pour les engagements contractés avec son mari, on se demanda si cette indemnité devait être aussi garantie par l'hypothèque ; il le fallait bien ; car le motif de cette indemnité était toujours la protection des propres de la femme. Mais à quelle époque prendrait-elle rang pour cette indemnité ? Du jour où naissait la créance, semble-t-il, c'est-à-dire du jour où la femme s'obligeait avec son mari. Telle fut bien d'abord la solution de la jurisprudence ; mais du temps de Lebrun, par faveur pour la femme et par imitation de ce qui a lieu dans les tutelles, où le tuteur hypothèque tous ses biens pour une dette future, on considérait l'hypothèque pour l'indemnité de la femme comme établie au jour du mariage ou du contrat de mariage. Lebrun va même plus loin, et soutient que la femme renonçante, qui, depuis le décès de son mari, a payé des dettes, auxquelles elle n'était pas personnellement obligée, et dont par suite elle n'était tenue à aucun titre, a droit d'en poursuivre le recouvrement en exerçant sur les biens de son mari une hypothèque légale, qui prend rang, même pour cette créance, à dater du jour du mariage (1). Ces so-

(1) Lebrun, *op. cit.*, l. III, ch. II, s. 2, dist. 6, nos 3 et 4.

lutions étaient excessives ; l'article 2135, 2° § 3 du Code civil a répudié la première, et la jurisprudence moderne a repoussé avec raison la seconde. Mais elles sont intéressantes par leur exagération même : elles montrent jusqu'où la jurisprudence et les auteurs de l'ancien temps poussaient les conséquences du principe que le mari ne doit point charger les propres de sa femme.

Les garanties de la femme étaient-elles complètes ? Pas encore ; car, malgré son hypothèque générale, il pouvait arriver qu'au moment où elle poursuivait ses récompenses sur les propres du mari, elle se vît primée par des créanciers antérieurs au mariage. Il faut bien avouer qu'ici le droit commun était pris en défaut. On y suppléait fréquemment par la clause de *franc et quitte*. Les parents du futur certifiaient que leur fils était franc et quitte de toute dette, et promettaient à la fiancée de l'indemniser, au cas où elle serait primée dans ses reprises par un créancier antérieur au mariage ; la jurisprudence et certains auteurs voyaient même là une promesse d'indemnité pour le cas où simplement la part de la femme dans la communauté serait diminuée par le fait d'un créancier de ce genre (1). C'était admettre que les parents du mari, non seulement cautionnaient leur fils comme administrateur des biens de sa femme, mais encore se portaient garants de son apport en société. C'était, nous semble-t-il, perdre de vue que

(1) Renusson *Communauté*, I<sup>re</sup> partie, chap. XI, nos 36-38 ; *Contrà*, Lebrun, l. II, chap. III, s. 3, nos 44-42.

le motif originaire de cette clause avait été uniquement la sauvegarde des propres. L'article 1513 du Code civil décide encore que les parents, par la clause de franc et quitte garantissent même la part de communauté. C'est un empiétement de l'idée de protection sur celle de société : cela revient à décharger entièrement la femme, dans ses rapports avec son mari, des dettes qu'il peut avoir contractées avant le mariage. Or, au moment où cette clause fut inventée, on ne se proposait que de mettre à l'abri de ces dettes *les biens de famille et la dot de la femme* (1).

Quelle conclusion tirer des chapitres précédents ? On a vu qu'au XIII<sup>e</sup> siècle existait, dans les coutumes, une véritable *société conjugale*, où la femme avait un rôle actif, avec des charges correspondantes ; qu'ensuite l'incapacité de la femme mariée empruntée au droit romain s'introduisit dans les coutumes à la faveur de nécessités pratiques qui voulaient que l'on protégeât les biens de famille ; qu'elle y gagna peu à peu du terrain, et jeta le trouble dans la société conjugale, en altérant les pouvoirs et les obligations de la femme comme associée de son mari. Vainement Dumoulin a-t-il essayé de soutenir

(1) Argou, *Institution au Droit Français*, l. III, chap. 16. Remarquons que la clause de franc et quitte pouvait être stipulée par le mari, aussi bien que par la femme, pour la sauvegarde de ses propres. Lebrun dit même que c'était une sage préoccupation lorsqu'on épousait une fille majeure. Mais, outre que le mari usait rarement de cette clause, elle n'était pas interprétée en sa faveur comme en faveur de la femme (Pothier, *Comm.*, nos 373 et suiv.).

que la femme, muette pendant le mariage, reprendrait son rôle d'associée dans la liquidation : l'inégalité subsiste après le mariage, cette fois au profit de la femme. On n'a pas pu empêcher la femme d'apporter à son mari le secours de son crédit : le sénatusconsulte Velléien n'est pas arrivé à s'établir en pays coutumier. Mais c'est le seul point où l'idée de société conjugale ait prévalu sur la protection de la femme. Encore la femme demeure-t-elle, en pareil cas, la caution du mari, armée d'un droit d'indemnité avec la garantie de l'hypothèque légale.

A l'époque de Pothier, en présence des prérogatives de toute sorte, dont la femme jouit en vertu de la coutume ou par l'effet de stipulations, en présence des atteintes nombreuses qui sont portées à son titre et à ses fonctions d'associée, peut-on bien dire encore, que, si la femme n'est pas une associée pendant le mariage, *on espère qu'elle le deviendra ?*





## DEUXIÈME PARTIE

### LE DROIT FRANÇAIS MODERNE

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### LE CODE CIVIL ET LES THÉORIES GÉNÉRALES SUR LA COMMUNAUTÉ.

Les assemblées révolutionnaires n'ont pas édicté de lois pour les rapports pécuniaires entre époux : elles en sont restées aux projets ; et ces projets, à peine développés, abandonnés bien vite et profondément oubliés depuis lors, mériteraient à peine d'être cités, si des tendances modernes et des travaux récents n'étaient venus leur donner un regain d'actualité. Avant même d'en aborder l'étude, il est facile de prévoir que les hommes de cette époque, imbus de l'esprit d'égalité, ont dû répudier des traditions, qui attribuaient à la femme un rôle de subordonnée dans le mariage : « L'inégalité des sexes, disait Condorcet, n'a eu d'autre origine que l'abus de la force ; et c'est vainement que l'on a essayé depuis de la justifier par des sophismes. »

Le projet de Cambacérès, présenté à la Convention le 9 août 1793, établissait la communauté avec *administration commune*, et déclarait (art. 11) : « Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens. » Les articles suivants, distinguant entre les actes qui entraînent aliénation ou obligation des biens communs et ceux qui sont purement conservatoires, disposaient que les premiers devaient être faits par les époux conjointement, que les seconds rentraient dans les attributions de l'un ou de l'autre indifféremment (1). Mettre ainsi les conjoints sur un pied d'égalité absolue, leur attribuer les mêmes pouvoirs, les mêmes fonctions, c'était rompre avec toutes les traditions. Le rapporteur se flattait que « toutes les objections auraient leur réponse dans ce principe d'égalité, qui devait régler tous les actes de l'organisation sociale » (2). L'événement lui donna tort. Quand le comité de législation présenta son projet à la Convention, il trouva l'assemblée très divisée sur le mérite de cette révolution domestique : quelques théoriciens ardents et impitoyables dans la logique de leurs principes soutinrent qu'il fallait « établir les femmes dans leurs droits naturels ». D'autres orateurs, recrutés surtout parmi les juristes de profession, montrèrent les inconvénients pratiques du système et décidèrent l'assemblée à conserver la communauté tradition

(1) Fenet, t. I, p. 20.

(2) Fenet, I, pp. 4, 5.

nelle (1). Le principe de l'administration commune, maintenu dans un second projet de 1794, fut définitivement abandonné par Cambacérès lui-même dans son troisième projet, de messidor an IV, comme « contraire à l'ordre naturel et propre à engendrer des débats qui détruiraient le charme de la vie domestique ». Et les législateurs du Code l'ont considéré comme un exemple de ces « préjugés révolutionnaires substitués à d'autres préjugés », comme une de ces erreurs législatives amenées par « le fanatisme d'une égalité follement interprétée » (2). On aura l'occasion de revenir sur ces idées et de les apprécier. Contentons-nous d'observer ici combien les auteurs du Code se montrèrent hostiles à l'idée d'établir une égalité parfaite entre l'homme et la femme au foyer domestique. Après les écarts révolutionnaires, ils revenaient aux traditions du passé.

Est-ce à dire qu'ils acceptèrent toute faite la communauté coutumière telle que l'avait décrite Pothier ? On ne saurait raisonnablement le soutenir. Ils voulaient faire une innovation considérable, et s'écarter de l'ancienne coutume sur une question de principe. Ils abandonnèrent l'idée que le mari, durant le mariage, est propriétaire unique et absolu des biens communs, et déclarèrent qu'il n'en aurait désormais que l'administration avec de larges pouvoirs. Le mari, en sa qualité de gérant de la communauté, put vendre et hypothéquer

(1) Sagnac, *Législation civile de la Révolution*, pp. 294-301.

(2) Fenet, I, pp. 114, 156, 329, 464-465.

les biens communs ; et c'est un droit qui, dans les sociétés ordinaires, ne peut résulter que d'une clause des statuts. *Mais il lui fut défendu d'en disposer entre vifs et à titre gratuit* ; car une donation ne saurait à aucun titre être considérée comme un acte d'administration (1). Malheureusement, à ce nouveau principe, qui était dicté par la raison, l'on fit une brèche considérable en décrétant que le mari pourrait disposer gratuitement des meubles, à titre particulier, pourvu qu'il ne s'en réservât point l'usufruit. On était pénétré de cette idée fausse, que les immeubles seuls ont de l'importance dans un patrimoine : et l'on ne s'aperçut pas que l'on rendait au mari ce *jus abutendi* que l'on venait de lui enlever. De là l'incertitude, qui subsiste aujourd'hui encore, sur la nature et l'étendue des droits du mari dans la communauté. On abordera bientôt les controverses auxquelles l'article 1422 a donné lieu ; pour le moment, il nous suffit de prendre acte du nouveau principe posé par le législateur ; le mari n'est plus maître et seigneur de la communauté.

Si le droit actuel du mari sur les biens communs est réduit par la loi nouvelle, il semble que celui de la femme doit être augmenté ; si le mari n'est plus pro-

(1) Rapport de Siméon au Corps législatif, Fenet, XIII, p. 815 ; Cf. les paroles de Ferrière, *suprà*, p. 110. On n'a pas assez fait attention à cette réforme qui est une réforme de principe. De là cette erreur très répandue, que le mari est aujourd'hui encore maître et seigneur de la communauté. — V. notamment Sagnac, *op. cit.*, pp. 370 et suiv.

priétaire unique des meubles et conquêts, c'est donc que la femme en est, dès le temps du mariage, copropriétaire. Non seulement elle a plus que cette simple « espérance » dont parlait Pothier, mais le droit *in habitu*, que lui reconnaissait Dumoulin, doit faire place à un droit *in actu*, qui se traduira par une certaine participation à la gestion, par un pouvoir de délibération, par des moyens de s'opposer parfois aux actes du mari, peut-être même par une certaine autonomie et une indépendance restreinte. Cela paraît logique, et nombre d'auteurs ont adopté cette manière de voir (1). Voici pourtant ce qu'on lit dans un rapport de Duveyrier au Tribunat : « Quels sont les droits de la femme ? *Elle n'en a point tant que la communauté existe*, ni dans l'administration, ni dans la disposition des biens qui la composent. » Et il est dit à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires, que le droit de renoncer à la communauté est accordé à la femme pour compenser *l'impuissance absolue dont elle est frappée durant le mariage* (2).

On se trouve là en présence d'une contradiction, dont on ne peut sortir, à moins de supposer que les biens communs, au lieu d'appartenir par indivis aux deux époux, deviennent la propriété d'une communauté personne morale, être juridique distinct des époux, qui

(1) Bugnet, note sous Pothier, *Communauté*, n° 497 ; Aubry et Rau, *Droit civil*, t. V, § 505, texte et note 4.

(2) Fenet. XIII, pp. 673, 724, 734.

aurait pour gérant légal de ses biens le mari. Mais cette conception savante, due aux auteurs qui ont interprété le Code civil, ne paraît point s'être présentée à l'esprit de ceux qui l'ont composé. Les législateurs de 1804 ont considéré la communauté comme une espèce de société fondée sur le mariage même ; il leur a semblé naturel et juste que les époux missent en commun une partie de leurs biens, leurs économies et le produit de leur travail, pour soutenir les charges du ménage et partager les bénéfices réalisés, lorsque cesserait la vie commune. Et ils mirent une opiniâtreté toute particulière à défendre contre les partisans du régime dotal ces idées qui représentaient de vieilles traditions coutumières. Mais ils n'ont nulle part considéré ce patrimoine comme une entité distincte des époux. La contradiction subsiste donc dans l'œuvre du législateur, et il en résulte une difficulté sérieuse pour l'interprète.

La vérité est que l'on n'a pas posé en 1804 cette question doctrinale : à qui appartiennent les biens communs ? On ne s'est pas préoccupé alors de refaire une théorie d'ensemble de la communauté. On s'est contenté de modifier sur un point ce qui existait au XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est à-dire de restreindre les pouvoirs du mari et d'en changer le principe ; pour le reste, on a adopté à peu près le droit antérieur, y compris l'incapacité de la femme avec toutes ses conséquences, sans s'apercevoir des in-conséquences qu'une telle méthode pouvait entraîner.

En présence d'une législation ainsi faite, le rôle de



l'interprète est de réduire au strict minimum les contradictions qui s'y sont glissées, c'est-à-dire de déduire toutes les conséquences du principe que le législateur a voulu inaugurer, et de les appliquer avec rigueur, à moins qu'elles ne se trouvent en contradiction avec un texte formel, auquel cas le reproche s'adresse à la loi. Les rédacteurs du Code ont voulu faire du mari un copropriétaire gérant ; telle est l'idée originale et neuve qui se trouve dans leurs discussions ; c'est donc cette idée qui doit nous guider dans les cas douteux, bien qu'elle soit sur plus d'un point contredite par le texte même de la loi. Une des conséquences les plus importantes de l'innovation doit être d'augmenter les pouvoirs de la femme pendant le mariage. Nous verrons que la jurisprudence, jusqu'à nos jours, s'est de plus en plus avancée dans cette voie, malgré l'obstacle que lui opposait l'incapacité de la femme, et qu'elle est arrivée progressivement à donner à l'épouse une autorité réelle dans la gestion des biens.

Beaucoup d'auteurs, au lieu de s'en tenir à cette méthode, ont cherché à faire ce que le législateur n'avait pas fait, à construire une théorie doctrinale de la communauté. Toullier, reprenant la théorie de Dumoulin et la poussant à l'extrême, a soutenu que la société conjugale n'existait pas pendant le mariage, qu'elle ne commençait à vivre qu'au jour de la dissolution, que jusque là la femme n'avait aucun droit d'associée, que le mari

était maître absolu et sans contrôle (1). Cette doctrine, fondée uniquement sur des traditions usées, est formellement contredite par les textes qui bornent les pouvoirs du mari, par l'article 1492, qui, disant que la femme renonçante *perd* toute espèce de droit sur les biens communs, suppose qu'elle avait des droits antérieurs ; elle n'a guère trouvé de partisans (2), et elle est tellement abandonnée aujourd'hui, qu'elle ne mérite plus guère d'être rapportée, si ce n'est pour son intérêt historique, comme survivance exagérée des doctrines de Dumoulin.

Nombre d'auteurs, au contraire, soutiennent que la communauté est une société douée d'une personnalité distincte de celles des époux ; et cette doctrine a été consacrée plusieurs fois par la jurisprudence. D'autres disent, en sens inverse, que les époux sont copropriétaires des biens communs par indivis dès le jour du mariage ; et la jurisprudence est généralement en ce sens.

L'intérêt principal et presque unique de la controverse concerne les créanciers de la communauté. Si celle-ci est une personne morale, ses biens sont leur gage exclusif ; et, soit pendant la communauté soit durant sa liquidation, les créanciers personnels de chacun des époux ne peuvent rien prétendre sur les biens com-

(1) Toullier, *Droit civil*, l. III, t. V, n<sup>os</sup> 80 et suiv.

(2) V. cep. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. IV, n<sup>os</sup> 2835-2836.

muns à l'encontre des créanciers de la communauté ; car ces biens n'appartiennent ni au mari ni à la femme ; ils appartiennent à la communauté. Ainsi en est-il pour les sociétés de commerce ; et même, d'après une jurisprudence nouvelle (1), pour les sociétés civiles ordinaires. Que décider pour la communauté entre époux ?

Troplong déclarait que, si les époux agissaient parfois comme copropriétaires indivis des biens communs, la communauté ne laissait pas d'exister *comme personne métaphysique*, et que, dans certains cas, il était utile de la mettre en avant (2). Il faut pourtant prendre parti entre les deux systèmes ; admettre pour certains cas, que les époux sont copropriétaires, pour d'autres, qu'ils ne le sont pas, c'est en vérité abuser de la méthode éclectique. M. Boistel pense que « la personnalité morale de la société conjugale est plus fortement réalisée que celle d'aucune autre société, que la personne morale se compose du faisceau des volontés des associés en tant qu'elles concourent au but social, et qu'entre les époux l'union est la plus intime qui puisse exister entre deux êtres humains » (3). Ces auteurs ont peut-être raison comme philosophes ; mais prenons garde que la métaphysique n'obscurcisse encore une question de droit si délicate.

On a beaucoup argumenté sur les textes qui parlent

(1) Depuis l'arrêt de cassation du 23 février 1891, D. 91.1.337.

(2) Troplong, *Le droit civil expliqué, Contrat de mariage*, I, n° 311.

(3) Boistel, *Philosophie du droit*, t. II, p. 87. Paris, 1899.

des biens de la communauté, des créances et des dettes de la communauté envers chaque époux ; les uns veulent tirer de ces textes l'existence d'une personne morale ; les autres répondent que cette manière de parler désigne « les époux eux-mêmes en tant que communs en biens et comme ayant en cette qualité des intérêts collectifs formant une entité distincte de chacun d'eux considéré dans ses intérêts individuels » (1). Ces discussions n'avancent guère le problème : il s'agit précisément de savoir si les époux, considérés dans leurs intérêts collectifs, forment une entité distincte de chacun d'eux considéré dans ses intérêts particuliers.

M. Laurent, adversaire déterminé de la personnalité morale de la communauté, veut tirer argument de l'article 1423 (2). Lorsque le mari lègue un conquêt, le legs est valable, si l'immeuble tombe dans le lot de ses héritiers ; c'est donc, dit-il, que le partage de la communauté rétroagit, pour chaque bien, au jour de son acquisition, et que dès le temps du mariage les époux étaient en indivision ; il en conclut qu'on ne saurait parler d'une personne qui aurait été à cette époque propriétaire unique des biens communs. Mais cet article peut aussi bien s'expliquer dans la doctrine adverse : le

(1) V. pour la personnalité morale, Duranton, *Cours de droit français*, XIV, 16 ; Troplong, I, 306-324 ; Proudhon, *Usufruit*, I, 279. — *Contra* : Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, 334 ; Aubry et Rau, V, § 303, note 2 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, I, 345 ; Laurent, *Principes*, XXI, 210 et suiv.

(2) Laurent, XXII, 9.

mari, qui lègue un conquêt, fait par testament et pour le temps de sa mort libéralité d'un bien qu'il est appelé éventuellement à acquérir à ce moment-là même, la moitié des biens de l'être moral devant lui être transférés précisément à l'instant où la communauté se dissoudra. Rien de plus licite que ce legs, et il n'était pas besoin d'un texte pour en affirmer la validité. L'utilité de l'article 1423 est de décider que, si le bien légué ne tombe pas au lot des héritiers du mari, ceux-ci seront comptables de sa valeur envers le légataire. L'argument serait beaucoup plus probant, si l'article 1423 s'appliquait aux donations comme au legs ; car, pour donner un bien, il faut en être propriétaire au moment de la donation ; le silence de l'article 1423 sur ce point est bien significatif, et l'on en pourrait même tirer un argument, d'ailleurs très faible (1), pour la thèse de la personnalité morale.

On peut trouver dans le Code un texte plus décisif. La théorie de la personnalité morale conduit à cette conséquence, que les créanciers chirographaires des époux, antérieurs au mariage, sont primés sur les biens communs par les créanciers de la communauté. Or l'article 1409-1° dit que la communauté répond de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au

(1) Très faible, parce que, même dans la théorie de l'indivision, la donation d'un conquêt pour le temps qui suivra la dissolution de la communauté doit être prohibée en vertu de la règle : « Donner et retenir ne vaut ».

jour du mariage ; il parle ensuite des dettes contractées par le mari pendant le mariage ; et il n'indique pas que celles-ci doivent être payées avant celles-là. Lors même que les époux se déclarent francs et quittes, cette clause n'a d'effet qu'entre eux (art. 1543). Ainsi la personnalité morale de la communauté n'est impliquée d'une façon certaine dans aucun texte, et en voici qui la démentent dans une de ses principales conséquences. Il faut donc reconnaître que la communauté est une société sans personnalité morale, et que ses biens sont la propriété indivise des deux membres qui la composent.

Ajoutons que cette doctrine est traditionnelle dans notre droit. Nulle part chez les anciens auteurs il n'est question de considérer la communauté entre époux comme une personne morale ; l'article 1409-1<sup>o</sup> ne fait que traduire l'adage bien connu : « Qui épouse le corps épouse les dettes » (1). La personnalité morale reconnue aux sociétés de commerce n'est qu'une fiction destinée à mieux établir leur crédit ; elle les met à l'abri des désastres qui peuvent accabler un ou plusieurs de leurs membres ; par là elle leur permet d'inspirer plus de confiance au public et de se développer avec plus de sécurité. On doute encore s'il faut accorder la même faveur aux sociétés civiles. Quant à la communauté entre époux, dont le but n'est point essentiellement lucratif, dont l'esprit est de confondre dans une large mesure les

(1) Loysel, *Instit. Cout.*, l. III, t. III, n<sup>o</sup> 7.



intérêts des conjoints, de leur faire partager la bonne et la mauvaise fortune, convient-il de lui appliquer cette fiction inventée pour les besoins du commerce ? Si, au moment d'entrer en ménage, l'un des futurs conjoints soupçonne que l'autre est obéré de dettes excessives, rien ne l'empêche de stipuler la séparation des dettes avec inventaire de leurs biens (art. 1510). Mais cette mesure de défiance est et doit rester l'exception. Rien ne sert d'alléguer l'intérêt des créanciers communs : celui des créanciers antérieurs au mariage, celui des créanciers qui, ayant traité avec la femme autorisée seulement en justice, veulent, après la dissolution, se faire payer sur les biens communs, mérite certainement autant d'égards. Ainsi, qu'on envisage la question les textes en main ou au point de vue de l'équité, la doctrine, qui investit la société conjugale de la personnalité civile, paraît également devoir être repoussée.

La jurisprudence appliqua jadis la théorie un peu flottante de Troplong. Dans une espèce jugée en 1858, il s'agissait d'un engagement contracté par une femme commerçante ; le mari obligé avait obtenu un concordat ; la Cour de Lyon jugea que néanmoins la communauté restait exposée aux poursuites du créancier, « attendu, dit-elle, qu'après comme avant le concordat la communauté, quelque étendus que puissent être sur elle les droits du mari, conserve son individualité, *subsiste comme être moral*, et reste soumise comme gage aux dettes auxquelles l'article 1419 l'a spécialement

affectée (1) ». A la même époque la Cour de Besançon jugeait que « si, malgré les différences profondes qui séparent la communauté des sociétés ordinaires, on peut la considérer comme un être moral placé en dehors des conjoints, cette fiction s'évanouit quand on la considère vis-à-vis des tiers ; que la communauté alors c'est le mari, que la femme, tant que cette communauté dure, est moins une associée en réalité qu'en espérance » (2). Il s'agissait de savoir si, après la dissolution de la communauté, les créanciers personnels du mari pouvaient concourir avec les créanciers de la communauté sur les biens communs. On jugea l'affirmative ; et la Cour de cassation confirma cet arrêt qui consacrait les théories de son président (3). Mais, en définitive, si l'on efface à l'égard des tiers la fiction de personnalité morale, l'arrêt de Lyon méritait la censure ; et, comme les rapports entre époux dans la liquidation de la communauté sont minutieusement réglés par la loi, on ne voit plus très bien quel intérêt il peut y avoir à conserver la fiction. Aussi les arrêts plus récents ne font-ils plus allusion à cette doctrine, qui, limitée aux relations des époux entre eux, ne présente aucun intérêt pratique.

(1) Lyon, 23 juillet 1858 ; S. 59.2.615.

(2) Notons au passage cet abus qui est fait de la pensée de Dumoulin pour justifier une théorie à laquelle il était loin de songer : la communauté n'est pas, dit-on, un être moral distinct : car, pour former cet être nouveau, il faudrait que la volonté de la femme vînt s'ajouter à celle du mari ; or cette volonté est nulle pendant le mariage. La communauté c'est le mari.

(3) Besançon, 24 juin 1858 ; Cass., 18 avril 1860 ; D. 60.1.185.

On reconnaît généralement aujourd'hui que la communauté est une société sans personnalité morale, et qu'elle implique copropriété indivise entre les époux. M. Laurent a donné plus de précision à ce système dans son avant-projet du Code civil belge. L'article 1443 est ainsi conçu : « La communauté ne forme pas une personne civile. Les époux deviennent copropriétaires par indivis des biens qui entrent en communauté. » Et l'auteur explique que, lorsqu'une personne apporte des biens en société, elle les aliène, mais que, si la société n'est pas douée de personnalité morale, cette aliénation ne porte que sur une part indivise des biens apportés et se trouve compensée par l'acquisition d'une part indivise dans les biens qu'apporte l'autre associé. Telle est la communauté entre époux dans le Code Napoléon, et telle l'auteur voulait la conserver dans le Code belge, en la rendant seulement plus claire et plus explicite (1).

On objecte encore contre cette doctrine que, si les époux étaient de véritables copropriétaires indivis, ils devraient avoir chacun la liberté de sortir d'indivision en demandant le partage, et que les tiers qui ont contracté avec la femme autorisée en justice, devraient pouvoir saisir immédiatement les biens communs. Ces observations ont donné lieu à une théorie récente, d'après

(1) Laurent, *Avant-projet*, t. V, p. 15 ; Cf. Laurent, *Principes*, XXI, 194 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, texte et note 21, font observer en ce sens que la part de la femme dans la communauté est garantie, non par son hypothèque légale, mais par le privilège du copartageant.

laquelle la communauté serait un type intermédiaire entre la société personne morale et la copropriété indivise : elle impliquerait un patrimoine séparé, une universalité juridique distincte des patrimoines des époux, mais non une personnalité particulière (1). Jusqu'au jour de sa dissolution, elle ne serait qu'une masse de biens, administrée par le mari avec de larges pouvoirs, mais sur laquelle aucun des deux conjoints n'aurait de droit actuel de propriété partielle : leur droit n'apparaîtrait, ne se préciserait qu'une fois la communauté dissoute ; jusque-là il ne serait que latent et indéterminé. Ainsi s'expliqueraient les traits qui distinguent la communauté de la copropriété ordinaire.

Ce système, qui est admis dans le nouveau code allemand comme base doctrinale de la communauté (2), qui ne fait que consacrer en Allemagne la très ancienne théorie de la *gesammte Hand*, est-il bien un système français ? On a traduit les termes de *gesammte Hand* par ceux de *propriété en main commune* ; mais cette expression est un néologisme dans notre langue ; nulle part nous ne la trouvons employée chez les anciens auteurs. M. Saleilles croit retrouver cette institution, si non formulée en doctrine, du moins appliquée en fait dans les communautés taisibles, dont la communauté entre époux ne serait qu'un cas particulier. Cependant,

(1) M. Saleilles à son cours, année 1899-1900.

(2) Bufnoir, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890, p. 690.

tandis qu'elle existe à n'en pas douter dans le *Miroir de Saxe* et dans le *Miroir de Souabe*, qui, sans parler aucunement de personnalité morale, présentent les biens et acquisitions des époux comme unis pour la durée du mariage en une masse unique et indissoluble, les auteurs français des XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles parlent sans cesse de la part que la femme a dans les biens communs particulièrement dans les conquêts (1). Ce système ne saurait donc être présenté comme traditionnel ; et de la comparaison des vieux textes il faut conclure à certaines différences entre les origines germaniques et les origines françaises de la communauté.

Toutefois le respect des traditions historiques ne doit pas nous empêcher d'adopter une construction doctrinale, fût-elle d'importation étrangère, si elle satisfait la raison et si elle rend compte de particularités jusqu'à présent restées sans explication. Si l'on se place à ce point de vue, un esprit français adressera à cette théorie deux reproches : elle manque de clarté, et elle est superflue. Nous sommes habitués à ce que tout droit ait un *objet* sur lequel il porte, et un *sujet* qui en est investi. Or dans la doctrine proposée nous voyons un droit de propriété portant sur une masse déterminée de biens ;

(1) *Sachsenspiegel*, I, 31, 36 : « Mann und Weib haben nicht ge-zweiet Gut bei ihrem Leben...Mann und Weib sollen leben von ihrem beiden Gut » Adde : *Schwabenspiegel*, art. 277 ; — Bufnoir, *Bulletin*, 1876, pp. 171-172. Cf. textes cités *suprà* p. 23, et surtout *Livre des droitz et commandements*, n° 828.

qui en est le sujet, le titulaire ? Ce n'est ni une personne fictive, ni les deux époux, chacun pour une part indivise ; nul n'est propriétaire de ces biens. On a quelque peine à concevoir ce droit de propriété qui est pour ainsi dire suspendu en l'air, et qui ne profite à personne. Un pareil système rompt absolument avec toutes les données de notre droit, je dirai même, avec nos habitudes de raisonnement les plus invétérées (1).

Est-il nécessaire de révolutionner ainsi les notions les mieux établies ? la science du droit veut-elle que nos esprits se façonnent à cette abstraction germanique ? Les objections que l'on adresse à la doctrine de la copropriété indivise peuvent se résoudre sans recourir à des moyens aussi compliqués. On s'étonne que les époux copropriétaires soient contraints de demeurer dans l'indivision. La faculté de demander le partage est-elle de l'essence de l'indivision ? L'article 815 déclare qu'entre cohéritiers on ne peut suspendre cette faculté pour plus de cinq ans ; mais, pour d'autres cas, ni les textes ni la raison n'empêchent qu'on l'ajourne à une époque plus éloignée. On demande encore pourquoi les créanciers, envers qui la femme s'engage valablement autorisée par le juge, ne peuvent saisir des biens sur les-

(1) On a bien imaginé des créances sans créancier déterminé (stipulation pour autrui). Mais ce qui se conçoit pour un droit de créance qui est un droit en puissance, est difficile à comprendre pour un droit de propriété, qui s'exerce immédiatement. Le jour où il s'agit de poursuivre le débiteur, comprendrait-on que ces biens ne fussent saisis par *personne* ?



quels elle a un droit né et actuel. Ceci est une faveur faite à la puissance maritale. Il ne faut pas perdre de vue que le droit du mari modifie sur certains points les notions de société et d'indivision. Il s'agit seulement de démontrer qu'il laisse intacts leurs éléments essentiels. C'est à cette démonstration que seront consacrés les chapitres de cette seconde partie. On ne peut en faire ici qu'une esquisse rapide.

Il est de fait que la femme, aujourd'hui encore, malgré son droit de copropriété, joue un rôle effacé dans la société conjugale. En se mariant, elle remet entre les mains de son mari l'exercice de son droit de copropriété sur les biens communs. Est-ce à dire qu'elle ne conserve pas le droit lui-même ? elle le conserve si bien, que certains actes ne peuvent être faits par le mari, à moins qu'elle n'y consente. Il serait très inexact de dire que la femme, autorisée par le juge, ne peut engager sa part de communauté ; elle le peut pour le temps qui suivra le mariage. La puissance maritale ne supprime pas son droit de copropriété ; elle en suspend seulement l'exercice pour un temps indéterminé. On admet bien dans notre droit que certaines valeurs sont insaisissables d'une manière absolue, bien qu'elles appartiennent au débiteur en pleine propriété ; il ne s'agit ici que d'une insaisissabilité temporaire, justifiée par les besoins du ménage, et par les droits du mari, que la loi fait juge de l'opportunité des dépenses.

Il est inutile de revenir sur les différences qui sépa-

rent la société conjugale des sociétés ordinaires, puisqu'elles ont été indiquées dans l'introduction. Arrêtons-nous seulement sur une idée, qui nous servira dans la suite à résoudre plusieurs difficultés. La situation de la femme dans la communauté peut se comparer sous plus d'un rapport à celle d'un commanditaire dans une société. Le droit de renonciation et le bénéfice d'émolument lui permettent de limiter son risque, comme un commanditaire, à son apport social. Comme un commanditaire elle est exclue de l'administration ; si elle vient à s'immiscer dans les affaires communes elle répond sur tous ses biens des actes qu'elle a faits, et cesse, quant à ces actes, d'être considérée comme commanditaire. Il y a pourtant des différences : d'abord, en pratique, on voit bien plus souvent la femme intervenir dans les affaires communes que le commanditaire parler au nom de la société. Ensuite l'immixtion du commanditaire l'expose à être déclaré solidairement obligé pour *tous* les engagements de la société ; la femme qui s'oblige à côté de son mari, ou qui, autorisée par lui, s'engage en représentant la communauté, n'étend son risque et ne compromet ses biens personnels que dans la mesure de l'acte en question. Le commanditaire s'expose à perdre sa qualité lors même qu'il n'agit que par procuration du commandité, ce qui est peu logique ; la femme, au contraire, se fait tous les jours la mandataire de son mari sans s'obliger elle-même (1). D'autre part,

(1) Cf. Code de comm., art. 27 et 28, et C. civ., art. 1449 et 1420.

le commanditaire a des droits de contrôle et de surveillance mieux définis que la femme commune en biens (1). Enfin, tandis que la qualité de commanditaire résulte ordinairement d'une convention, ici elle résulte de la loi. Comme les autres traits distinctifs déjà signalés dans la société conjugale, elle est d'ordre public ; on ne peut y déroger d'une façon générale (art. 1453) ; comme eux elle a sa raison d'être dans la prédominance que la loi veut assurer au mari ; comme eux enfin, conséquence du mariage, elle s'harmonise avec l'idée de société, quoiqu'elle s'écarte du droit commun.

Il s'agit maintenant, en s'inspirant de ces considérations générales et en restant fidèle à la doctrine adoptée, d'étudier le fonctionnement de cette société toute spéciale. Nous pourrions nous convaincre que la loi l'a faite différente des sociétés de droit commun, mais telle que pourrait être une société ordinaire en vertu de la convention des parties (2). Suivant la méthode que nous croyons la plus sûre et la plus sage, nous étudie-

(1) C. comm., art. 28, § 2 ; Loi du 24 juillet 1867, art. 3, 10 et 11.

(2) Il est vrai, disons-le sans plus tarder, que les conjoints peuvent faire entrer dans la communauté leurs biens à venir en pleine propriété (communauté universelle), ce qui est défendu aux associés ordinaires. Mais l'article 1837, prévoyant expressément cette exception, montre bien que, sous tous autres rapports, la loi considère la communauté comme une société. Il est encore vrai que, lorsque la femme stipule la reprise de son apport franc et quitte (art. 1514), cela ressemble fort à la société léonine prohibée par le droit commun (art. 1835). On a déjà vu (*suprà*, p. 101) ce qu'il faut penser de cette clause et combien elle est contraire à l'esprit même de la communauté.

rons d'abord les innovations certaines du Code, les restrictions qu'il a mises aux pouvoirs du mari. Ces points une fois bien définis, nous en tirerons des conséquences en ce qui concerne les droits de la femme et les divers rapports pécuniaires entre époux.

## CHAPITRE II

### POUVOIRS ET RESPONSABILITÉ DU MARI QUANT A LA GESTION DES BIENS COMMUNS.

L'ancienne jurisprudence reconnaissait au mari les pouvoirs absolus d'un propriétaire sur les biens communs, à la seule condition qu'il n'agît pas en fraude des droits éventuels de sa femme. Le Code, considérant le mari comme le gérant naturel et légal de la communauté, lui laisse encore (art. 1421) de très larges pouvoirs, mais interdit en principe (art. 1422) les libéralités. Quelle est la portée de cette prohibition ? Quelle en est la sanction ?

Le texte de la loi défend au mari de disposer seul, entre vifs et à titre gratuit, des immeubles communs et de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, mais lui laisse la liberté de disposer à son gré des effets mobiliers à titre particulier. Appliqué à la lettre, ce texte conduirait à des résultats absurdes. Supposons une masse commune de 20.000 francs, le mari ne pourrait donner le vingtième de ces biens, mais il aurait le droit de dissiper en libéralités, 15, 16, 18.000 francs de valeurs mobilières. Une jurisprudence prétorienne, s'inspirant de la raison et de la tradition a mis des limites à ce droit

exorbitant du mari sur les meubles. Voici quel a été son raisonnement : le Code n'a certainement pas répudié l'idée que le mari, dans ses actes de disposition, doit respecter les droits éventuels de sa femme ; la loi nouvelle, qui diminuait les pouvoirs du mari, a évidemment conservé la règle traditionnelle d'après laquelle étaient nuls les actes du mari faits en fraude de la femme : l'article 1422 § 2 fait lui-même application de cette règle, lorsqu'il défend au mari de se réserver un usufruit sur les meubles qu'il donne à titre particulier ; dès lors il appartient au juge d'annuler la donation d'effets mobiliers, alors même qu'elle est faite à titre particulier, si, d'après les circonstances, elle paraît frauduleuse à l'égard de la femme ; et cet indice peut résulter de l'excès même de la donation (1). M. Laurent s'est élevé contre cette jurisprudence, en disant que l'idée de fraude n'avait rien à voir avec la valeur des biens donnés (2). Pure affirmation, et qui se trouve contredite par les données les plus certaines de la tradition (3). Il a fait observer que, si l'on s'engageait dans cette voie, on ne saurait où s'arrêter, que l'on manquait de critérium pour fixer les limites dans lesquelles le mari pouvait faire des libéralités, que c'était introduire l'arbitraire dans les jugements. Mais les juges sont ap-

(1) Rouen, 25 janvier 1860, D. 61.5.86 ; Toulouse, 22 juillet 1863, D. 63.2.162.

(2) Laurent, *Principes*, XXII, 48.

(3) V. *suprà*, p. 109.



pelés tous les jours à faire des estimations d'après les circonstances et en se fondant sur l'équité. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il eût beaucoup mieux valu, pour supprimer cette incertitude, enlever au mari le droit de faire des libéralités à titre particulier, réserve faite de quelques exceptions spéciales, telles que les présents d'usage ou l'établissement des enfants. Mais ce reproche s'adresse au législateur ; et, dans l'état actuel des textes, l'interprétation de la jurisprudence est parfaitement justifiée.

On a soutenu que le Code ne permettait pas à la femme d'attaquer les actes faits par son mari en fraude de ses droits, et l'on s'est fondé sur un argument *a contrario* tiré de l'article 271 du Code civil. Cet article porte que les actes faits par le mari, à dater de l'ordonnance qui ouvre la procédure de divorce après l'essai de conciliation (art. 238), seront déclarés nuls, s'il est prouvé qu'ils ont été faits en fraude des droits de la femme. On en a voulu tirer cette conséquence que les actes faits antérieurement à cette ordonnance n'étaient pas annulables. Cet argument est d'une extrême faiblesse. L'article 271 signifie que, dans le cas spécial qu'il prévoit, la femme n'a pas à prouver la complicité du tiers alors même qu'il s'agit d'un acte à titre onéreux, parce que le tiers, prévenu de la situation des époux par la publication de l'ordonnance devient inexcusable. Mais en dehors de ce cas on revient au droit commun de l'article 1167, c'est-à-dire que, si l'acte frau-

duleux était à titre gratuit la femme peut le faire annuler sans distinction, et que, s'il était à titre onéreux, à défaut de preuve contre le tiers, elle conserve un droit à indemnité à l'égard de son mari (1).

L'article 1422 permet au mari de disposer de l'universalité ou d'une quotité du mobilier pour l'établissement des enfants communs. Troplong, s'inspirant des mêmes principes d'équité, dit que, si la femme n'a pas de biens personnels, on devra réduire la dotation excessive, ou donner à la femme une récompense, parce qu'il y a fraude à son égard (2). M. Laurent, très logique avec lui-même, critique vivement cette opinion (3). Elle est le complément de la jurisprudence que l'on vient d'exposer. Une libéralité de ce genre doit être assimilée à une donation excessive d'effets mobiliers à titre particulier, et traitée comme frauduleuse à l'égard de la femme. Celle-ci a le droit d'en faire prononcer la nullité ; mais comme d'autre part, le devoir de doter les enfants constitue pour les parents une obligation naturelle au sens juridique du mot, on conçoit que la mère soit contrainte de s'associer à l'acte de son mari dans la mesure où il n'est pas excessif, ce qui a pour résultat de *réduire* simplement la dotation. Enfin, si le père a des biens personnels, il doit être considéré comme ayant voulu doter ses enfants sur ses biens, dans la me-

(1) Colmar, 23 février 1837, D. 57.2.88.

(2) Troplong, I, 901 et 902.

(3) Laurent, XXII, 45.

sure où la libéralité excédait ses pouvoirs comme chef de communauté ; ce qui conduit à donner à la femme un droit de récompense sur les biens de son mari (1).

Autre exemple des bornes mises aux pouvoirs du mari : un père a doté un enfant commun en biens de communauté avec dispense du rapport, et sa femme, acceptant la communauté, s'associe à la dotation. L'enfant est-il dispensé de rapporter la moitié de sa dot à la succession de sa mère ? Non : car dispenser du rapport, c'est restreindre le disponible, c'est limiter la faculté de donner. Or le mari ne pouvait pas, de sa seule autorité, restreindre le libre droit de disposition que sa femme était appelée à exercer sur son patrimoine après le mariage (2). Ses larges pouvoirs d'administration sur la part de sa femme en communauté allaient bien jusqu'à faire au nom de sa femme cette libéralité, qui était presque un devoir pour elle. Mais donner avec dispense du rapport, il ne le pouvait qu'en son nom propre et pour sa part. En tant qu'il agissait comme représentant de sa femme dans la communauté, cette clause excédait ses pouvoirs.

Ainsi, quoique nombre d'auteurs, imbus des traditions

(1) On opposera sans doute à ce raisonnement l'article 1439, aux termes duquel la femme qui accepte la communauté doit supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'ait déclaré *expressément* qu'il s'en chargeait pour le tout. Mais il ne faut pas perdre de vue que nous raisonnons dans l'hypothèse où la constitution de dot peut être considérée, à raison de son excès, comme frauduleuse à l'égard de la femme. Or cette hypothèse n'est pas entrée dans les prévisions de l'article 1439.

(2) Douai, 26 janvier 1861, D. 61.2.235.

de l'ancien droit, attribuent encore au mari des droits absolus sur les biens communs et ne reconnaissent d'autre limite à ses pouvoirs que les restrictions spécifiées par le Code (1), la jurisprudence s'est nettement prononcée en sens opposé ; elle interprète le Code, non pas d'après la lettre du texte, mais d'après les principes nouveaux qui l'ont dicté : le mari n'est plus propriétaire que de sa part dans la communauté ; pour le reste il n'est que gérant.

Les actes par lesquels le mari excède ses pouvoirs sont donc les donations d'immeubles, les donations de meubles à titre universel, les donations excessives de meubles à titre particulier, enfin tous actes faits en fraude des droits de la femme. Quel est le sort de ces actes ? Pour éviter toute équivoque, il faut commencer par mettre de côté certaines libéralités, auxquelles le mari a un intérêt personnel, et dont il peut exiger le maintien, pourvu que la fraude en soit absente, et à charge pour lui de payer une récompense. On en trouve un exemple dans le Code : c'est le cas où le mari a pris une certaine somme en communauté pour doter un enfant d'un premier lit ou pour doter personnellement un enfant commun (art. 1469). Supposons que cette libéralité absorbe une partie considérable de la communauté ; s'il s'agissait d'une donation ordinaire, la femme pourrait

(1) Duranton, XIV, 216 ; Rodière et Pont, II, 867 et suiv. ; Laurent, XXII, 43 ; Aubry et Rau, V, § 505 ; — *Contrà*, Cubain, *Droit des femmes*, n<sup>os</sup> 194 et 195.

se prétendre lésée et en faire prononcer la nullité ; ici elle ne peut que demander une récompense à son mari, parce que celui-ci, en sa qualité de père, a un intérêt personnel et légitime à établir son enfant. Certains auteurs ont voulu voir dans ce texte une exception unique à un principe général, et ont soutenu que toute autre donation particulière d'effets mobiliers était soumise à la règle de l'article 1422, c'est-à-dire était valable sans récompense, ou nulle comme fraudant les droits de la femme. Il serait pourtant plus conforme à l'esprit de la loi d'appliquer l'article 1469 chaque fois que le mari a un intérêt respectable au maintien de la libéralité, comme cela se produit par exemple dans les donations rémunératoires.

Réserve faite de ces exceptions, quand le mari fait des libéralités qui excèdent ses pouvoirs, la femme peut en faire prononcer la nullité. Ici se pose une grave question : la femme peut-elle exercer son action pendant la durée de la communauté ? La Cour de Colmar, dans l'arrêt déjà cité, lui refuse ce droit, en disant que la femme, tant que la communauté subsiste, n'a pas de droits lésés, *puisque durant ce temps elle n'a pas de droit en communauté*. A l'époque où le mari était maître et seigneur de la communauté, on n'a pas appliqué d'une façon plus rigoureuse la maxime *Uxor non est propria socia*. Cette décision et le considérant qui la précède ne tiennent pas assez compte des restrictions nouvelles apportées aux pouvoirs du mari, et ne font

pas attention qu'à cette innovation doit correspondre un accroissement de droit pour la femme. Mais la jurisprudence, qui, on le verra plus loin, a donné à la femme une part active, très appréciable dans la gestion des intérêts communs, ne se décide qu'avec peine à poser en principe théorique que la femme a un droit *actuel* dans la communauté ; corollaire pourtant indispensable de cet autre principe proclamé par le Code, que le mari n'est plus seigneur et maître unique de la communauté. Tant l'adage de Dumoulin, répété, développé, interprété par les anciens jurisconsultes, a implanté des racines profondes dans notre droit ! Les décisions même récentes de nos tribunaux font encore entendre un écho de cet adage suranné. Un arrêt de la Cour de Chambéry, de 1885, est ainsi motivé : « attendu que les droits de la femme, tant que dure la communauté, sont latents, sans aucune portée présente, et sont plutôt futurs qu'immediats, puisque la loi ne lui reconnaît que le droit de partager les biens de la communauté telle qu'elle se trouvera composée au jour de la dissolution » (1). Ce considérant était inutile dans l'espèce, car le mari avait disposé d'un propre de sa femme, et il ne s'agissait nullement du droit de la femme dans la communauté. Mais, apprécié en lui-même et abstraction faite de son opportunité, il a donné lieu à de justes critiques. On a dit avec raison que les bornes mises aux droits de disposition du

(1) Chambéry, 6 mai 1885, D. 86.2.33.



mari ne pouvaient avoir leur raison d'être que dans le droit de copropriété de la femme, et que la formule employée, si elle était exacte du temps de Dumoulin, ne l'était plus aujourd'hui (1).

Pour être logique, il faut admettre que le mari, lorsqu'il dispose des biens communs ou les oblige, agit en son propre nom et au nom de sa femme, dont il est le mandataire légal, de même qu'un associé gérant agit à la fois pour son compte et comme représentant de ses coassociés. On analysait autrement ses pouvoirs lorsqu'il était propriétaire unique des biens communs ; mais nous savons qu'il ne l'est plus aujourd'hui. Que l'on n'accuse pas cette opinion d'être téméraire et d'exposer la femme à des poursuites sur ses biens personnels : la femme, avec son droit de renonciation et son bénéfice d'émolument, est dans la situation d'un associé qui limite son risque à son apport. Le commanditaire d'une société ne peut être poursuivi au delà de sa mise, soit avant soit après la dissolution de la société. Dira-t-on qu'il n'a pas une part d'associé, qu'il n'est pas copropriétaire des biens sociaux, qu'il n'est pas représenté par les actes du gérant ?

Un jugement du tribunal de Remiremont déclare, contrairement aux arrêts mentionnés ci-dessus, que la femme commune en biens est, dès le jour du mariage, copropriétaire avec son mari des biens communs, et que

(1) Note de M. Flurer sous l'arrêt précité ; Guillouard, II, 689.

la doctrine de Dumoulin, à laquelle il fait allusion, n'est plus en harmonie avec notre droit actuel ; mais il n'admet pas que la femme soit représentée par son mari dans les actes passés par lui relativement aux biens communs ; elle n'est point *partie* à de tels actes ; on en a conclu que l'acte notarié de donation signé par le mari n'était pas entaché de nullité par ce fait que la femme était alliée du notaire qui avait rédigé l'acte (L. du 25 ventôse an XI, art. 8) (1). Si la femme n'est point partie à l'acte, a-t-elle donc la qualité de tiers ? On admet pourtant en jurisprudence qu'elle ne pourrait se prévaloir du défaut de date certaine des actes passés par son mari (2). Il est dit dans une note, sous le jugement de Remiremont, que les rapports entre le mari et la femme quant aux biens communs ne sauraient s'expliquer ni par un mandat proprement dit, ni par une gestion d'affaire, qu'il y a là « une situation juridique toute particulière, réglementée d'une façon spéciale et exceptionnelle ». Cette explication n'en est pas une ; l'idée de mandat légal conféré au mari, gérant légal de cette société, qui elle-même existe en vertu de la loi, est beaucoup plus claire ; et il n'y a pas de bonne raison pour l'écarter.

Le grand argument de la doctrine que nous combattons, c'est que le mari n'est pas obligé de rendre compte de sa gestion sur les biens communs, et que, là où ne

(1) Remiremont, 11 août 1893, D. 94.2.211.

(2) Seine, 11 février 1893, D. 93.2.547.

se trouve pas l'obligation de rendre compte, il ne peut être question de mandat. Est-on bien sûr que le mari ne soit tenu de rendre aucun compte de ses actes comme chef de communauté, et que le droit de la femme, lors de la dissolution, se borne à accepter les yeux fermés les résultats de la gestion sans demander aucun éclaircissement ? Que le mari encoure la même responsabilité qu'un gérant de société ordinaire, on ne peut songer à le soutenir : celui-ci est garant de l'opportunité des opérations qu'il a faites ; et lors même qu'il n'a agi que dans les limites de ses pouvoirs, il supporte les conséquences de ses maladresses et de ses fautes de gestion (art. 1992, C. civ.) ; le mari par une faveur de la loi, est toujours censé avoir agi de son mieux pour l'intérêt commun ; si, par son inexpérience, il laisse périlcliter les affaires, la femme, qui ne perd jamais que ce qu'elle a mis dans la communauté, ne pourra lui reprocher la perte de son apport. Faut-il en conclure qu'il ne lui doive aucun compte de sa gestion ? Lorsqu'il viendra dire, à la dissolution de la communauté : « L'actif commun est de tant », sera-t-il cru sur parole ? En vérité le mari, qui, après des années de gestion indépendante, connaît seul la composition exacte des patrimoines, aurait trop beau jeu pour s'assurer par un mensonge une part avantageuse dans la liquidation. Les arrêts décident que le mari est tenu de justifier, sinon de l'utilité et de la légitimité, tout au moins de la réalité et de l'importance des dépenses qu'il a faites, et que, s'il ne peut prouver

l'emploi de sommes encaissées par la communauté, il en doit récompense (1). M. Laurent critique cette décision et enseigne que la théorie traditionnelle, consacrée par le code, donne au mari le droit de perdre les biens de la communauté ; que, s'il en a tiré un avantage personnel au préjudice de sa femme, c'est à la femme, qui prétend que le mari lui doit récompense, à prouver qu'il a tiré profit de la communauté (2). On invoque l'ancienne doctrine du mari seigneur et maître ; c'est précisément le maintien de cette doctrine, que nous contestons. Supposons que, dans la liquidation de la communauté, après balance faite de l'actif et du passif, on trouve un déficit. Suffit-il au mari de dire qu'il a perdu ou donné ce qui manque ? Oui, sans hésitation, dans l'ancien droit : car le mari, propriétaire unique de ces biens, ne les avait donnés ou perdus que pour son compte ; et la femme n'avait d'autre ressource que de prouver la fraude de son mari. Non, sous l'empire de la loi moderne : car aujourd'hui, lorsque le mari dissipe les biens communs, il le fait au nom de sa femme comme en son nom propre ; et, si la loi lui reconnaît dans une certaine mesure ce droit déjà exorbitant, encore l'astreint-elle à prouver qu'il en a fait usage. Un auteur est tombé dans un excès opposé à celui que l'on vient de signaler, lorsqu'il déclare le mari responsable de toute

(1) Paris, 19 mai 1870, D. 71.2.40 ; Bordeaux, 16 avril 1896, D. 99.2.385.

(2) Laurent, XXII, 11.

prodigalité, et l'oblige à rendre un compte aussi rigoureux de la part de sa femme en communauté que de ses biens personnels, dont il est administrateur (1). Non, le Code veut que la femme, comme commune en biens, supporte dans une certaine mesure les maladresses et les imprudences de son mari ; mais tout au moins peut-elle demander la preuve de ces actes fâcheux, avant de se résigner à en supporter sa part, quitte à combattre elle-même cette preuve, si on essaie de la tromper (2).

Il est donc faux de dire que le mari, comme chef de communauté, ne doit aucun compte de sa gestion, et que par suite il ne représente pas sa femme. Sa responsabilité n'est pas aussi lourde que celle d'un administrateur ordinaire. Mais il arrive souvent que, dans un contrat de mandat, l'on atténue la responsabilité du mandataire : la loi l'ordonne lorsque le mandat est gratuit et constitue un office d'amitié (art. 1992, § 2) ; et il n'est pas rare qu'en pareil cas le mandant exonère le mandataire de toute responsabilité à raison de sa faute. Dirait-on qu'alors il n'y a point mandat ? Eh bien, ce que peut faire une clause spéciale dans un contrat ordinaire, la loi le fait lorsqu'il s'agit du mari mandataire de sa femme dans la gestion des biens communs.

(1) Cubain, *op. cit.*, n° 197.

(2) En pareil cas, la peine infligée au mari est sévère, car il est considéré comme ayant voulu recéler des effets communs, et l'article 1477 lui est applicable (Cass., 22 décembre 1874, D. 75.1.125).

En résumé, le mari chef de communauté est un *associé gérant*. Comme associé, il est copropriétaire des fonds communs avec sa femme. Comme gérant, il la représente dans tous les actes de large administration. Trait distinctif de cette société : le mari a des pouvoirs plus larges que ceux d'un gérant ordinaire, et une responsabilité moins lourde, qui ne se confond pourtant pas avec l'impunité, puisqu'il répond des actes faits en fraude des droits de sa femme, et que celle-ci, pour faire contre-poids à ses pouvoirs, jouit de prérogatives qui limitent son risque social (1). Que l'on se reporte à la communauté du XVIII<sup>e</sup> siècle, et l'on verra dès maintenant combien la loi et la jurisprudence modernes se sont rapprochées de l'idée de société conjugale.

(1) Ces droits de la femme dans la liquidation seront étudiés plus loin en détail.



## CHAPITRE III

### POUVOIRS ET RESPONSABILITÉ DU MARI COMME ADMINISTRATEUR DES BIENS DE SA FEMME,

Si l'on conteste encore que le mari représente sa femme lorsqu'il agit comme chef de communauté, personne ne doute qu'il ne soit son mandataire lorsqu'il administre ses biens personnels. Toutefois on n'est pas encore fixé sur la nature, la raison d'être, ni par suite sur l'étendue de ce mandat. Il a pris, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, les allures d'une tutelle : incapacité de la femme, pouvoirs limités du mari, comptes minutieux à rendre, sûretés fournies par le mari, tout a contribué à lui donner cette physionomie. Mais à l'époque où la femme était capable, où l'idée de dot n'avait pas encore envahi le droit coutumier, où l'on ne connaissait ni les récompenses ni l'hypothèque légale, le mari n'était-il pas déjà bail et mainbour des héritages de sa femme ? Ce droit de gestion a donc sa raison d'être ailleurs que dans l'incapacité de la femme ; et, à supposer que la femme mariée redevînt capable, le mari conserverait sur ses biens le rôle d'administrateur.

Est-ce la puissance maritale qui sert de fondement à ce droit ? Pas davantage : car la puissance maritale existe

sous tous les régimes, et nous voyons que la femme séparée de biens administre elle-même son patrimoine. C'est donc dans la communauté qu'il faut chercher la base de ce pouvoir ; et voilà pourquoi, après avoir parlé des droits du mari sur la communauté, il convient d'étudier ses droits sur les biens de sa femme. Nous avons déjà signalé le lien étroit qui unit ces deux ordres d'idées : ils se rattachent l'un à l'autre par un enchaînement naturel, sinon nécessaire.

La puissance maritale, si elle n'est pas la cause unique, déterminante de cette particularité si étrangère aux principes ordinaires des sociétés, n'y est pourtant pas complètement étrangère. Le droit d'administration du mari sur les biens de sa femme est une annexe, un complément, une conséquence de ses droits sur la communauté. Mis à la tête du patrimoine commun, il a le droit et presque le devoir de recueillir les revenus des biens de sa femme, car ces revenus tombent dans la caisse commune ; qui plus est, il est chargé d'exploiter de la façon la plus avantageuse ces héritages, de leur faire produire le plus de fruits possible, sans toutefois endommager le fonds, afin d'enrichir la communauté sans nuire à la fortune personnelle de sa femme. Or le rôle de chef, que la loi lui attribue dans la communauté et qu'elle lui interdit d'abdiquer, est bien une conséquence de la puissance maritale, c'est-à-dire du droit de commander dans le ménage, de décider chaque fois qu'il s'agit de l'intérêt commun. C'est la puissance maritale combinée

avec l'idée de collaboration, de société conjugale, qui entraîne par voie de conséquence ces deux dérogations au droit commun des sociétés : d'abord, que l'un des associés est en vertu de la loi gérant de la société ; ensuite, que ses pouvoirs d'administration débordent pour ainsi dire et s'étendent à des biens qui ne font pas partie de l'actif social.

Toutefois, si le droit du mari sur les propres de sa femme se rattache indirectement à la puissance maritale, la femme peut, par une clause du contrat de mariage, se réserver l'administration et la jouissance de certains de ses biens (1). Les conséquences nécessaires de la puissance maritale seront précisées plus loin ; mais on voit dès maintenant que, si les pouvoirs du mari comme administrateur des biens de sa femme sont issus de ses pouvoirs comme chef de communauté, ils en diffèrent par ce fait que le mari peut les abdiquer dans le contrat de mariage. Ils s'en distinguent surtout en ce qu'ils sont beaucoup moins étendus, et en ce qu'ils imposent au mari une responsabilité plus lourde : la règle *Marius non debet onerare propria uxoris* est toujours en vigueur dans notre droit, et l'on retrouve dans le Code toutes les institutions qu'elle a enfantées dans les anciennes coutumes. Mais sur plus d'un point elle entre en conflit avec la notion de société conjugale ; les deux fonctions du mari, à la fois gérant de société et administra-

(1) Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 4 ; Guillouard, I, 420.

teur des biens de sa femme ne sont pas toujours faciles à concilier.

\*  
\* \*

Le mari, en principe, ne peut de sa seule autorité aliéner, à quelque titre que ce soit, ni grever de charge réelle les propres de sa femme. Selon la règle traditionnelle, il ne peut engager ni soutenir seul les actions pétoires qui les concernent (art. 1428). Son droit se borne à recueillir les fruits et les revenus, sur lesquels seuls il exerce les pouvoirs étendus de chef de communauté, et à gérer suivant les règles que déterminent les articles 1429 et 1430. Cette gestion est pour lui un devoir autant qu'un droit, car la loi le rend responsable de son inaction (art. 1428 § 4).

Ces règles sont simples et paraissent d'une application aisée. On rencontre pourtant des difficultés, lorsqu'il s'agit de les sanctionner. Supposons que le mari ait outrepassé ses pouvoirs d'administrateur, qu'il ait vendu, de sa seule autorité, un immeuble de la femme. Quel est le sort de cet acte ? Il est nul, et la femme peut revendiquer son immeuble. Mais on a élevé contre cette opinion une grave objection. Supposons, a-t-on dit, que le mari ait vendu cet immeuble comme sien, et que le tiers soit de bonne foi ; si la femme, après la dissolution du mariage, accepte la communauté, elle ne peut revendiquer contre le tiers acquéreur : car celui-ci intentera contre les époux communs une action en garantie qui

atteindra la femme pour sa part ; de sorte que celle-ci se trouvera dans cette bizarre situation, de revendiquer et de garantir contre l'éviction une seule et même chose. Cette controverse est célèbre et elle n'a pas donné lieu à moins de quatre systèmes, entre lesquels la jurisprudence paraît encore hésiter. Suivant les uns, la femme qui accepte la communauté, étant obligée à garantie pour moitié, ne peut pour cette part exercer sa revendication ; selon d'autres, comme l'obligation de garantie est indivisible, la femme acceptante renonce pour le tout à son action ; en sens inverse on a soutenu que la femme n'était jamais tenue à aucune garantie envers l'acquéreur. Enfin l'opinion qui nous paraît le mieux respecter l'équité sans violer les principes, c'est que la femme, bien qu'obligée à garantie pour moitié au cas où elle accepte la communauté, n'en conserve pas moins le droit de revendiquer son immeuble tout entier (1). Vainement prétend-on que c'est violer le principe « Qui doit garantir ne peut évincer ». On imagine fort bien que le gérant d'une société se trouve en possession d'un bien appartenant à l'un des membres de la société, et le vende en vertu de ses pouvoirs, comme faisant partie de l'actif social. Le propriétaire ne pourra-t-il pas revendiquer son immeuble en totalité ? Et pourtant le tiers évincé

(1) Pour l'exposé détaillé de ces quatre systèmes, V. Laurent, XXII, 455-457 ; Colmet de Santerre, n° 71 *bis*, XIV et suiv. ; de Folleville, *Contrat de mariage*, n°s 334 et suiv. ; Aubry et Rau, V, § 540, note 24.

se retournera contre la société, et tous les associés, y compris le revendiquant, devront l'indemniser, sauf leur recours possible contre le gérant qui a abusé de la raison sociale.

Les systèmes que nous rejetons proviennent tous de ce que l'on confond deux choses pourtant bien différentes : la société conjugale, et le mandat légal du mari quant aux biens de sa femme. De ce que la femme doit d'une part supporter comme associée une portion des obligations de son mari, il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse d'autre part désavouer les actes par lesquels le mari a excédé les bornes de son mandat. Enfin par de telles théories on arriverait à effacer la démarcation profonde qui existe et doit exister entre les droits du mari comme chef de communauté et ses pouvoirs comme administrateur des propres de sa femme ; on compromettrait gravement les intérêts patrimoniaux de la femme ; et, si l'on doit blâmer toute loi ou convention qui enchaîne la femme et lui défend de s'appauvrir volontairement, il ne faut pas être moins opposé à un système qui exposerait la femme à être dépouillée contre son gré.

Les théories qui déniaient en tout ou en partie à la femme acceptante le droit de revendiquer son bien, ont pour conséquence nécessaire que la femme ne peut revendiquer pendant la communauté ; car, en agissant ainsi, elle déclarerait implicitement à l'avance qu'elle renonce à la communauté. C'est ce que décide l'arrêt



déjà cité de la Cour de Chambéry (1) : et cet arrêt, qui allègue dans ses considérants que la femme, n'ayant aucun droit actuel dans la communauté, ne peut critiquer les actes de son mari, commet précisément la confusion que nous venons de signaler. Ainsi, si le mari est assez habile pour vendre comme conquêt un immeuble qui appartient à sa femme, le voilà mis à même d'en faire tomber à sa guise la valeur dans la communauté, contrairement à ce qui a été convenu, et d'user de cette valeur réservée avec la même liberté que si elle était commune. Pour déjouer cet abus, la femme n'a qu'un remède, la demande en séparation de biens. Voilà des résultats pratiques, qui se joignent aux considérations théoriques pour condamner ces doctrines.

Plusieurs auteurs, qui reconnaissent à la femme le droit d'agir pendant le mariage, pensent qu'elle doit être autorisée de son mari, et que l'autorisation de justice ne suffit pas (2). C'est manquer de logique. Il est à prévoir que le mari refusera son autorisation : car il redoutera le recours en garantie du tiers acheteur : or la femme peut avoir un intérêt considérable à rentrer immédiatement en possession de son immeuble. L'article 2256, qui suspend la prescription de son action, supprime un des motifs qui peuvent l'exciter à agir ; mais il ne lui interdit pas d'agir pendant le mariage. On prétend que la femme n'a aucun moyen pour obliger son mari à re-

(1) V. *suprà*, p. 160.

(2) Aubry et Rau, V, § 510, texte et notes 25 et 26.

prendre l'immeuble sous son administration ; c'est une erreur : si le mari n'en prend pas soin, il sera responsable (art. 1428, § 4).

Lors même que la femme a consenti à l'aliénation de son propre, mais à charge de emploi, les droits du mari sur le prix de vente sont assez délicats à déterminer. Nul doute que ce prix ne tombe dans la communauté et que la femme n'en devienne provisoirement créancière. Mais combien de temps cette situation se prolongera-t-elle ? Le mari peut disposer de cette somme comme de deniers communs. Mais la femme n'a-t-elle pas le droit d'exiger qu'il fasse l'emploi qui a été convenu ? Certains auteurs l'admettent avec raison, lorsque le emploi est stipulé dans le contrat de mariage (1). On se récrie en disant que cet argent, pour provenir des biens de la femme, n'en est pas moins tombé dans la communauté, que le mari a en principe le droit d'en disposer à sa guise, et que, s'il n'y a pas de délai fixé pour le emploi, il n'est pas en faute de ne l'avoir point fait, tant que dure la communauté (2). Mais ces deniers ne sont pas de véritables biens communs puisque la femme en est créancière ; et que signifie la clause de emploi, si elle laisse le mari libre d'attendre indéfiniment avant de l'observer ? Qu'est-ce donc que cette obligation qui n'est sanctionnée par aucune action ? Nous portons atteinte aux droits du mari comme chef ?

(1) Laurent, XXI, 385.

(2) Troplong, I, 1109 et suiv.

Mais la jurisprudence, qui jadis considérait la clause de remploi comme toujours opposable aux tiers, décide aujourd'hui encore qu'on peut la leur rendre opposable par une mention spéciale (1), ce qui a pour résultat que l'acquéreur de l'immeuble, responsable du remploi, refusera de verser le prix entre les mains du mari ; et c'est là une mesure de défiance qui porte autrement atteinte aux droits du mari sur les fonds du ménage. On peut aller encore plus loin que M. Laurent, et soutenir que, même au cas de remploi facultatif, lorsque la femme n'a consenti à la vente de son immeuble qu'à condition qu'il en serait fait remploi, elle a le droit d'actionner son mari en exécution de sa promesse.

Ce qui fait paraître cette théorie exagérée, c'est que le mari ne peut contraindre sa femme d'accepter le remploi. La partie n'est pas égale, dit-on, si la femme peut exiger que le mari utilise les deniers, alors que celui-ci ne peut la forcer à reconnaître l'emploi qu'il en veut faire. Voilà sans doute pourquoi M. Laurent, dans le cas où le remploi est dicté par le contrat de mariage, pense qu'il est superflu de faire accepter le remploi par la femme, et que celle-ci, en stipulant d'avance le remploi, s'engage par là même à l'accepter, quel qu'il soit (2).

(1) Cass., 13 juillet 1865, D. 65.1.131. V. la jurisprudence antérieure à l'arrêt de cassation du 1<sup>er</sup> mars 1859 (D. 59.1.122).

(2) Laurent, XXI, 390. Cette doctrine a été appliquée par la Cour de cassation, le 10 janvier 1900 (D. 1901.1.90) dans un cas, où toutefois le contrat de mariage avait spécifié la nature du bien qui devait être acheté en remploi : il s'agissait d'une étude de notaire.

Mais c'est singulièrement interpréter la clause de remploi stipulée en faveur de la femme, que de contraindre la femme d'accepter les yeux fermés une acquisition qui peut être fort peu avantageuse. Quels sont, en définitive, les rapports du mari et de la femme en cette affaire ? On admet en général que le mari qui fait un remploi pour sa femme, joue un double rôle : comme chef de communauté il cherche à libérer la communauté de la dette dont elle se trouve grevée envers la femme ; mais surtout, comme administrateur des biens de sa femme, il fait en son nom une acquisition d'immeuble, c'est-à-dire un acte d'une importance exceptionnelle et qui ne rentre pas dans ses fonctions normales. De là le droit pour la femme de refuser sa ratification, si elle trouve cet acte mal fait : de là aussi son droit d'en exiger l'exécution, lorsque, par une prévoyance très naturelle, elle a formellement stipulé le remploi. On s'explique aisément que le mari n'ait pas en sens inverse le droit de lui imposer un remploi. Quel intérêt si pressant la communauté peut-elle bien avoir à se libérer de sa dette envers la femme ? Je n'en vois qu'un : c'est que le mari, ayant fait une mauvaise acquisition, aime mieux en faire subir les conséquences à sa femme qu'à la communauté dans laquelle il est intéressé. Convient-il que la loi favorise un pareil calcul ?

Voici un autre cas, où le mari se trouve placé entre son intérêt comme associé et son devoir comme administrateur des biens de sa femme. La femme était copro-

priétaire d'un immeuble avec des tiers ; l'immeuble est licite, ou bien les tiers vendent leurs parts indivises. La femme aurait sans doute intérêt à devenir propriétaire de ce bien tout entier : l'article 1408, § 1 lui permet d'emprunter à la communauté des fonds pour faire cet achat. Le mari devrait peut-être, dans l'intérêt de sa femme, acheter l'immeuble à son nom (1) : loin de là il la prévient, la détourne peut-être, et achète en son propre nom les parts indivises ou la totalité de l'immeuble ; ainsi cette acquisition avantageuse tombe en communauté, et il espère en avoir sa part. La loi (art. 1408, § 2) déjoue ce calcul intéressé : elle permet à la femme de déclarer, à la dissolution de la communauté, que, malgré l'intention de son mari, elle le considère comme ayant agi en son nom à elle, qu'elle ratifie son achat et se reconnaît débitrice du prix envers la communauté.

Puisqu'il s'agit de favoriser la femme, on comprend qu'elle ne puisse être mise en demeure de se prononcer avant la dissolution de la communauté. Mais on se demande pourquoi la loi lui défend de prendre parti plus tôt : il devrait être permis à la femme de tirer d'incertitude son mari et les tiers. Cependant le texte ne saurait s'interpréter autrement (2) ; et je crois trouver le motif

(1) Il y aurait là une situation analogue à celle du emploi. Ce serait pour ainsi dire l'emploi anticipé de ce que la femme doit recueillir dans la communauté. Quoique la question soit discutée, il nous semble que la femme aurait le droit de refuser l'acquisition, comme elle peut refuser un emploi. En ce sens Aubry et Rau, V, § 507, note 97 ; *Contrà*, Troplong, I, 472.

(2) *Contrà*, Aubry et Rau, V, § 507, note 101.

de cette disposition prohibitive dans la crainte encore subsistante que la femme, trompée par son mari, ne compromette ses véritables intérêts. C'est, sur un point spécial, un vestige de l'idée qui inspira le Velléien. Une jurisprudence assez contradictoire reconnaît à la femme la faculté d'abandonner l'acquisition à la communauté, mais non de la réclamer comme propre (1). On ne voit pas pourquoi elle peut exercer son droit d'option dans un sens et non dans l'autre.

Quand la femme exerce le retrait d'indivision, l'acquisition est censée avoir été faite en son nom. Mais cette fiction a-t-elle lieu même à l'égard des tiers ? La femme est-elle censée, quant à eux, être devenue propriétaire dès le jour où le mari s'est rendu acquéreur ? Le retrait produit-il *erga omnes* un effet rétroactif, comme le remploi ? La grave raison de douter, c'est que le mari, à la différence de ce qui se passe au cas de remploi, s'est présenté, non pas comme mandataire de sa femme, mais comme agissant en son nom personnel. La question ne se pose pas pour certains auteurs, d'après qui le mari est, en vertu de la loi, supposé agir au nom de sa femme, de telle sorte que l'immeuble serait propre dès le premier jour, et que la faveur conférée à la femme par l'article 1408 § 2 consisterait dans le droit de répudier l'acquisition et de l'abandonner à la communauté,

(1) Cass., 1<sup>er</sup> mai 1860, D. 60.1.511 ; Cass., 20 juillet 1844, S. 44.1.614.



par dérogation à l'article 1408 § 1 (1). Cette analyse est absolument contraire à l'intention des parties : le mari a voulu que l'immeuble devînt conquêt, et le droit de la femme est de le retirer comme propre, par exception à la règle de l'article 1401-3°. Aussi admet-on généralement que, tant que la femme n'a pas manifesté sa volonté, l'immeuble est réputé acquêt. Perd-il cette qualité rétroactivement, et les charges dont le mari l'a grevé tombent-elles lorsque la femme exerce le retrait ? L'affirmative compte beaucoup de partisans (2), et l'on dit avec raison qu'il faut mettre la femme dans la même situation que si elle avait acheté elle-même les parts indivises. Mais il faut avouer que la situation incertaine dans laquelle l'immeuble se trouve en attendant inspirera peu de confiance aux tiers, et que cela diminuera le profit qu'on en peut tirer. Raison de plus pour regretter que la femme ne puisse avant la dissolution de la communauté faire cesser cette situation équivoque en exerçant le droit d'option.

\*  
\* \*

Les exemples que l'on vient de passer en revue mon-

(1) Troplong, 648 et suiv.

(2) Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 105. D'après une opinion intermédiaire, le retrait n'a d'effet rétroactif que si la femme est restée propriétaire de sa part indivise ; car dans ce cas seulement l'indivision a subsisté entre la femme et la communauté, et l'on comprend que l'effet rétroactif du partage trouve son application. V. Laurent, XXI, 348. La jurisprudence paraît incliner en ce sens. Cass., 5 juin 1896, D. 98.1.68.

trent quels conflits peuvent surgir entre les droits du mari comme chef de communauté et ses devoirs comme administrateur des biens de sa femme. Mais c'est en matière de propres mobiliers que l'on rencontre les plus grandes difficultés ; et les controverses sur ce chapitre ont pris d'autant plus d'importance que les propres mobiliers sont devenus plus nombreux. Jadis il paraissait suffisant de réserver à chacun des époux les propriétés foncières qui lui venaient de sa famille ; et le législateur a cru pouvoir consacrer encore, sauf quelques maigres exceptions, cet usage traditionnel. La pratique lui a donné un démenti formel : il existe aujourd'hui des coffres-forts de famille, qui valent bien les plus riches tenures des anciens temps ; on ne se soucie pas, lorsqu'ils appartiennent à la femme, de les risquer comme apport social et de les exposer aux imprudences du mari. De là les stipulations si fréquentes de réalisation ou de communauté réduite aux acquêts.

Mais lorsqu'on a déclaré dans un contrat de mariage que telle valeur mobilière resterait propre à la femme, on n'a pas écarté par là toute difficulté. De quelle manière le mari exercera-t-il ses droits d'administration et d'usufruit sur ces titres ? N'aura-t-il que la faculté d'en toucher les coupons ? Et s'il s'agit de titres au porteur, de billets de banque, d'espèces monnayées, par quelle mesure légale l'empêche-t-on d'en disposer à sa guise ? Il ne peut être question de nullité et de revendication, car on ne revendique pas les meubles. Aussi bien, quelle

serait la situation des tiers si la femme pouvait révoquer contre eux des choses, qu'ils ont achetées au mari sans pouvoir se douter qu'elles ne faisaient point partie de la communauté ?

Les auteurs du Code n'ont pas agité ces problèmes, auxquels ils attribuaient peu d'importance. Aujourd'hui la question est pressante ; et, il faut bien en convenir, elle est mal résolue. La solution la plus radicale consisterait à garantir les propres mobiliers de la femme par des mesures conservatoires analogues à celles que la loi du 27 février 1880 a édictées pour les biens des mineurs et des interdits ; à contraindre le mari de convertir les titres au porteur en titres nominatifs et de faire emploi des deniers dans un court délai à partir du mariage ; ou même pour prévenir plus sûrement tout abus du mari, à décider que les précautions de ce genre doivent être prises avant le mariage, avant la date où commencent l'administration et la jouissance du mari. Il semble que de telles mesures accentueraient l'incapacité de la femme et que l'on pourrait dire, avec plus de vérité que jamais, que la femme est la pupille du mari. Cependant le nouveau code civil allemand, qui considère la femme comme capable, prescrit bien des mesures analogues à celles que nous indiquons, lorsque la conduite du mari fait craindre que les apports de la femme soient gravement compromis (§§ 1392 et 1393), et ces sages précautions, qui sont rendues nécessaires par la nature et l'importance des capitaux mobiliers,

sont peut-être destinées à trouver leur application dans tous les cas où une personne, pour une raison ou pour une autre, administre en vertu de la loi la fortune d'autrui.

Notre législation n'est pas entrée dans cette voie et la jurisprudence, ne pouvant faire la loi, s'est bornée à interpréter les indications très imparfaites que donne le Code. On a distingué les propres mobiliers en deux classes ; ou, plus exactement, à côté des véritables propres mobiliers, on a imaginé une catégorie particulière de biens, qui occupe une situation intermédiaire entre les propres et les biens communs, et que pour cette raison on appelle *propres imparfaits*. Ces meubles, quoique réservés en propres, tombent dans la communauté ; le mari exerce sur eux les mêmes pouvoirs que sur les biens communs ; lors même qu'ils ont été réservés en faveur de la femme, les créanciers du mari ou de la communauté peuvent les saisir. Voici où se retrouve le caractère de propres ; la communauté est comptable de la valeur de ces biens ; elle en doit récompense, lors de sa dissolution, au conjoint auquel ils ont appartenu ; et, si ce conjoint est la femme, celle-ci exercera sa récompense avec les mêmes prérogatives dont elle jouit, lorsqu'un de ses immeubles a été aliéné sans emploi. Autrement dit, à l'égard de ces biens, la femme est dans la même situation que si, s'agissant d'immeubles, elle en avait consenti d'avance l'aliénation le jour de son ma-

riage, en s'interdisant d'en demander le remploi pendant le mariage (1).

Et quels sont les biens placés dans cette situation singulière ? En principe, tous les biens consommables, c'est-à-dire dont le mari ne peut jouir sans les consommer : car la raison d'être des propres imparfaits est précisément ce droit d'usufruit du mari sur tous les biens de sa femme, qui, sur des biens consommables, devient un quasi-usufruit et comprend le droit de disposer. Mais on a appliqué cette notion aux espèces monnayées. Or prétendre qu'on ne peut user d'une somme d'argent qu'en la dépensant, c'est un pur sophisme : l'argent se loue aussi bien que les fonds de terre.

La réalité, c'est que les seuls meubles susceptibles de

(1) La distinction des propres en *parfaits* et *imparfaits* n'est pas spéciale aux meubles. Un arrêt de la Cour de Paris, du 22 mars 1900 (D. 1900.2.463) a décidé que l'on devait considérer comme propre imparfait l'immeuble que la femme avait ameubli en se mariant sous le régime de la communauté d'acquêts. Rigoureusement l'immeuble devait rester propre à la femme : il devenait propre mobilier *parfait*. Mais que signifiait alors la clause d'ameublement ? Les juges l'ont interprétée en ce sens, que la femme confère à son mari le droit d'aliéner ce bien sans son consentement, à charge de lui en payer la valeur lors de la dissolution de la communauté. — M. de Loynes, en note, propose comme plus conforme à l'intention des parties un autre système : l'immeuble ameubli tombe dans la communauté *sans récompense*. Mais il oublie que les époux ont stipulé une communauté réduite aux acquêts. En fait, il se trouve peut-être d'accord avec l'intention des parties ; mais c'est à condition de leur prêter une étourderie, et de supposer, qu'après avoir convenu d'une communauté d'acquêt, ils n'ont pas fait attention que cette convention excluait de la communauté tous leurs biens présents, y compris l'immeuble ameubli.

devenir des propres parfaits sont ceux que l'on peut facilement individualiser, et dont la transmission exige certaines formalités qui nécessiteront le concours de la femme (1). Tous les autres ne seront jamais, par la force des choses, que des propres imparfaits. Vainement a-t-on prétendu que la volonté des parties manifestée dans le contrat de mariage créait des propres parfaits. Supposons que la femme se soit réservé certains titres au porteur avec défense faite au mari de les aliéner sans son consentement. Quel effet une pareille clause peut-elle produire à l'égard des tiers acquéreurs ? Quel droit donne-t-elle à la femme, si ce n'est un droit de récompense, quand le mari vient à vendre ces titres ? Et en quoi sa situation différerait-elle, si ces titres étaient de simples titres imparfaits ? Le chiffre de sa récompense ne serait peut-être pas le même, mais la nature de son droit ne serait en rien changé : dans un cas comme dans l'autre elle a un droit de créance, qui ne vaut qu'autant que son mari est solvable et possède des immeubles sur lesquels porte l'hypothèque légale. On peut sans doute individualiser des titres au porteur au moyen d'un inventaire ou état en bonne forme ; cela permet à la femme de les reprendre en nature, s'ils se retrouvent parmi les meubles au jour de la dissolution, et d'empêcher que les

(1) Par exemple les valeurs mobilières autres que les titres au porteur ; car, d'après une jurisprudence constante, la maxime « En fait de meubles possession vaut titre » ne s'applique qu'aux valeurs au porteur.



créanciers du mari et de la communauté ne les saisissent. Mais s'il plaît au mari de les aliéner, il ne reste plus à la femme qu'une reprise en valeur (1).

En d'autres termes, c'est une erreur de croire que la femme puisse se créer *par simple déclaration de volonté* des meubles propres aussi bien garantis que ses immeubles : cela n'est qu'une fiction juridique dénuée de toute efficacité pratique. Les propres mobiliers de la femme se décomposent en réalité de la façon suivante :

1° Véritables propres parfaits, mis sous une forme qui ne permet pas au mari de les aliéner sans le consentement de sa femme. Sur ceux-là, le mari n'a pas plus de pouvoir que sur les immeubles.

2° Propres déclarés parfaits et constatés par un inventaire, mais qui ne sont pas à l'abri des actes de disposition du mari. Ici les pouvoirs que le droit commun donne au mari sur les meubles, comme chef de communauté, empiéteront peut-être sur ses pouvoirs d'administrateur, et la femme n'est pas sûre de retrouver ses biens en nature.

3° Propres imparfaits, c'est-à-dire tout meuble propre dont la consistance n'est pas fixée par un inventaire. Il ne peut être question que d'une reprise en valeur. Cette reprise se fera d'après l'état estimatif qui a dû être fait

(1) Quoique cette matière des propres mobiliers soit étroitement liée à des questions de preuve, nous n'entrerons pas dans les controverses compliquées auxquelles elles ont donné lieu. V. le système de la jurisprudence. Cass., 15 mai 1899, D. 99.1.397; celui de M. Bufnoir dans ses notes du Sirey, 85.2.25 et 89.1.465.

de ces biens le jour où ils sont entrés en communauté. S'il s'agit de meubles échus à la femme pendant la communauté, comme c'était le mari qui devait dresser inventaire, la femme est admise à faire preuve même par commune renommée de la valeur de ces meubles (art. 1504).

En résumé, dans la plupart des cas, le mari gère les propres mobiliers de sa femme avec beaucoup plus d'indépendance que ses immeubles, et le droit de la femme se résout très souvent malgré elle en une récompense à prendre sur les fonds communs et sur les biens de son mari. Cette solution est encore satisfaisante, quand les biens du mari, consistant en propriétés foncières considérables, offrent des garanties sérieuses. Hors ce cas le seul moyen pratique de réserver à la femme des propres mobiliers, dont elle ne soit pas dépouillée contre sa volonté, est de recourir aux précautions que l'on prend pour les deniers pupillaires, c'est-à-dire de constituer ces propres sous la première des trois formes que nous venons d'indiquer.

\*  
\* \*

Les pages qui précèdent font voir que le mari a mainte occasion d'étendre pendant le mariage ses droits sur les biens de sa femme, en faisant tomber dans la communauté, à titre intérimaire, la valeur d'une partie de ses propres. Il faut empêcher autant que possible ces empiétements de pouvoir, et c'est d'après cette idée que

nous avons pris parti dans les controverses qui ont passé sous nos yeux. Mais toutes les fois que, pour un motif ou pour un autre, le mari est devenu maître d'un bien de sa femme, qu'il s'agisse d'un immeuble vendu sans emploi, ou de meubles propres advenus à la femme, ou de propres parfaits aliénés sans son consentement, il doit un compte rigoureux de leur valeur lorsque la communauté se dissout. Il suffit à la femme de prouver, et la preuve lui est souvent facilitée (art. 1504 par exemple), que tel bien est entré dans son patrimoine à un moment donné ; s'il ne se retrouve pas en nature, le mari est présumé jusqu'à preuve du contraire avoir entre ses mains la somme d'argent qui le représente ; et s'il ne fournit pas cette preuve contraire, s'il ne justifie pas qu'il a été fait emploi de la somme au profit de la femme, celle-ci a droit à une récompense (1). Toutes les prérogatives, que l'ancien droit a imaginées pour assurer cette récompense, ont passé dans le Code civil : droit pour la femme d'exercer la première ses prélèvements (art. 1471) ; droit de poursuivre le mari sur ses biens personnels, au cas d'insuffisance des biens communs (art. 1472) ; hypothèque générale en garantie de cette créance (art. 2135-2°).

Certains auteurs, frappés de ces avantages attribués à la femme, une fois finie la gestion du mari, ont cru qu'elle devait pendant la communauté assister, muette

(1) Req., 18 janvier 1897, D. 97.4.127.

et impassible, à tous les abus que le mari pouvait faire de sa situation. Cette opinion est dangereuse et nous l'avons combattue, parce que toutes ces garanties futures ne valent que ce que vaut l'hypothèque légale de la femme, c'est-à-dire la fortune foncière du mari. On conçoit en outre que la femme ait un intérêt particulier à conserver ses propres en nature. Le grand argument de l'opinion adverse est qu'il importe d'assurer la paix du ménage, et que le Code ne s'est pas proposé d'autre but en ajournant les garanties de la femme. Mais convient-il, pour assurer la paix du ménage, de fermer les yeux sur des abus, qui, malgré toutes les précautions de la loi, exposent en définitive la femme à un grave préjudice ? La loi délimite les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme ; il ne doit pas les étendre sans le consentement de l'intéressée. La femme ne peut-elle stipuler elle-même ses sûretés comme condition de son consentement ? L'hypothèque légale, très lourde pour le mari, est le vestige d'une époque où il fallait à toute force un contre-poids à son omnipotence. Mais nous allons voir quel usage immédiat et actif la femme peut faire de cette sûreté, et comment sous le régime de communauté cette institution dotale devient le meilleur élément de crédit du ménage.

## CHAPITRE IV

### CONCOURS DE LA FEMME AUX ACTES DU MARI. SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Si la femme, à une époque où la coutume proclamait le mari maître et seigneur de la communauté, intervenait pratiquement dans les actes les plus importants concernant les intérêts du ménage, il faut s'attendre qu'aujourd'hui, le Code ayant mis des bornes aux pouvoirs du mari, elle a des droits de délibération et d'opposition mieux définis et plus considérables. Cependant, par une étrange anomalie, au moment même où la loi posait ce principe nouveau, que le mari n'est plus propriétaire des biens communs que pour la moitié, loin d'établir définitivement et sur une base étendue les droits de la femme, le législateur déclarait qu'elle n'avait point de droits, tant que durait la communauté ; loin de faciliter son intervention dans la gestion des intérêts communs, il semblait supprimer l'instrument le plus efficace de cette intervention, en abolissant le sous-ordre hypothécaire (art. 773, C. proc.).

Que le Code n'ait pas établi en principe le droit pour la femme de prendre part aux affaires, il ne faut pas trop s'en étonner. Jamais, sauf dans les projets de Cam-

bacérés, un tel principe n'avait été proclamé. Sans doute au XIII<sup>e</sup> siècle l'aliénation des conquêts ne pouvait se faire sans la femme ; telle est la véritable tradition coutumière, dont on aurait dû peut-être ne jamais s'écarter ; mais cette tradition était alors profondément oubliée. On était habitué à ne voir la femme intervenir que par des moyens détournés : au XIII<sup>e</sup> siècle même, elle n'était appelée à donner sa voix, bien souvent, que par l'effet de son douaire. Déclarer que la femme avait le droit de s'opposer à certains actes de son mari, c'était rompre, semblait-il, avec tous les précédents ; c'était, pensait-on aussi, porter atteinte à la puissance maritale. Libre aux praticiens d'imaginer, par interprétation de la loi, des procédés pour forcer le mari à compter avec son associée ; mais si la femme jouissait en fait d'une certaine autorité, on ne voulait pas que cette autorité fût écrite dans la loi. C'était, il faut l'avouer, une sorte de mensonge législatif, injuste et peu logique, mais tellement enraciné chez nous depuis des siècles, qu'il passa dans le Code et qu'il subsiste encore aujourd'hui.

Voici au contraire une innovation du Code qui est de nature à nous surprendre et à nous faire douter si véritablement le législateur revenait à l'idée de société conjugale. Nous avons montré que l'on s'était servi, dans l'ancien droit, de l'hypothèque générale de la femme sur les biens du mari comme d'un puissant moyen d'influence pour la femme. Que l'on se reporte



aux explications qui ont été données (1), et l'on comprendra quelle autorité cette théorie du sous-ordre hypothécaire lui donnait dans le ménage. Lorsque le mari avait des immeubles de quelque importance, la femme, que les jurisconsultes déclarent à l'envi sujette et incapable, détenait entre ses mains tout le crédit du ménage. Hâtons-nous d'ajouter que la femme payait cher sa puissance : car toutes les fois qu'elle cautionnait son mari dans un acte notarié, condition nécessaire pour que le créancier pût exercer le sous-ordre hypothécaire, non seulement elle diminuait la sûreté de ses reprises, mais encore elle engageait tous ses biens en garantie de la dette contractée. Ce pouvoir, si dangereux pour elle ne l'était pas moins pour les tiers ; car, à une époque où il n'y avait aucune publicité dans les hypothèques, pouvait-on savoir, lorsqu'on demandait l'engagement de la femme, si l'on n'était pas déjà primé sur ses biens, et notamment sur son hypothèque, par des créanciers antérieurs ? On ne l'apprenait que le jour où s'ouvrait le sous-ordre ; et il n'était pas rare que ce jour réservât à certains créanciers des surprises désagréables que l'on ne pouvait prévoir ni éviter.

Pour supprimer ces incertitudes et ces surprises, la loi du 9 messidor an III décida (art. 193-202), contrairement à la jurisprudence des anciens parlements, que les créanciers hypothécaires colloqués en sous-ordre, concourraient sans distinction de rang au marc le franc

(1) V. *suprà*, pp. 74-75.

sur la somme obtenue dans l'ordre par leur débiteur. Cette innovation, qui se recommandait par des avantages pratiques, parut aussi plus correcte au point de vue théorique, dans une législation qui n'admettait pas d'hypothèque sur les meubles. Le Code civil ne prit pas bien nettement parti entre le système de l'ancienne jurisprudence et celui de la loi révolutionnaire. Cependant, il consacrait implicitement le dernier système, en ne faisant point figurer l'hypothèque parmi les biens susceptibles d'hypothèque (art. 2118). Le Code de procédure, qui reproduisit, sous le nom de sous-ordre, la répartition au marc le franc inaugurée par la loi de l'an III, fit disparaître les derniers doutes que l'on pouvait conserver à cet égard.

Cette législation, bien que dictée par des motifs étrangers aux rapports conjugaux, ne laissa pas d'amoindrir par voie de conséquence la situation de la femme dans le mariage. Quel intérêt les tiers auraient-ils désormais à la faire intervenir dans les contrats qu'ils passeraient avec le mari ? La garantie qu'ils croiraient s'assurer ainsi serait absolument illusoire : car la femme, après s'être engagée à leur égard, pouvait s'obliger envers dix, quinze, vingt autres créanciers, et leur concéder exactement les mêmes droits. Ainsi la femme allait se trouver de nouveau reléguée à l'écart de tout ce qui touchait aux intérêts pécuniaires. Voilà pourquoi la suppression du sous-ordre hypothécaire paraît si contraire à l'idée de société conjugale.

Mais il ne faut pas perdre de vue que le législateur, lorsqu'il prit cette décision, était guidé par des considérations absolument étrangères à notre sujet. Il ne se proposait pas de modifier la condition de la femme : il n'y songeait même pas. Il supprimait le sous-ordre hypothécaire, parce qu'il entraînait des complications de procédure, parce qu'il nuisait au crédit et à la sûreté des transactions, parce qu'il était en contradiction avec certains principes du régime hypothécaire. Mais aux praticiens, qui s'étaient servis de ce procédé pour assurer le concours de la femme aux actes les plus importants de la gestion, il disait simplement : Votre procédé est mauvais et contraire à la loi ; je le supprime : mais je vous laisse libres d'en chercher un autre.

C'est bien ainsi que l'on a interprété dans la pratique la suppression du sous-ordre hypothécaire : loin de renoncer à utiliser l'hypothèque légale comme source de crédit et d'influence pour la femme, on modifia seulement le procédé, on recueillit l'idée qui avait inspiré le sous-ordre hypothécaire, et l'on en fit une application conforme au nouveau régime des hypothèques. Ce fut l'origine du pacte de subrogation à l'hypothèque légale. La femme, au lieu de donner hypothèque sur son hypothèque en s'obligeant personnellement, se tint à l'écart du contrat, mais céda son hypothèque, mit en son lieu et place le créancier du mari, de sorte que ce créancier, au lieu de profiter comme jadis de l'hypothèque de la femme par le moyen d'un sous-ordre, put considérer

cette hypothèque elle-même comme entrée dans son patrimoine dès l'instant de la convention, et exercer les droits qu'elle conférait, c'est-à-dire saisir les immeubles du mari, directement en son propre nom. Ce nouveau procédé, qui avait sur l'ancien la supériorité d'assurer au tiers un droit plus facile à réaliser, présentait pour la femme cet avantage, qu'il lui laissait l'occasion d'intervenir dans les affaires du ménage, sans qu'elle dût s'obliger personnellement et sur tous ses biens.

Malgré ces avantages, la subrogation donna bien vite lieu à de justes critiques ; de nos jours encore, malgré les perfectionnements qu'elle a reçus, elle est vivement attaquée par certains auteurs. Ce pacte, né de la pratique des affaires et ignoré de la loi, n'était soumis à aucune formalité, à aucune publicité : une simple adhésion de la femme, prouvée par une mention dans le contrat, sa seule participation à la vente faite par son mari, suffisait à réaliser la subrogation. Et l'on objectait : 1° Que le tiers, au moment du contrat, n'avait aucun moyen de se renseigner sur la valeur de la subrogation, qu'il se trouvait tout aussi exposé que l'ancien créancier en sous-ordre à se voir évincé par des créanciers antérieurs le jour où il voudrait réaliser son droit, que par suite la subrogation à l'hypothèque légale n'était qu'une seconde édition de l'ancien sous-ordre, aussi funeste que lui à la tranquillité publique et à la sûreté des contrats, et qu'en définitive il n'offrait au

ménage qu'un instrument de crédit très médiocre (1).  
2° Que l'absence de toute formalité était un danger pour la femme ; qu'étant inexpérimentée en affaires, elle était trop facilement amenée par les sollicitations de son mari à compromettre ses reprises par un simple consentement, parfois même par une simple adhésion tacite, dont elle ne comprenait pas la portée ; qu'ainsi ses intérêts personnels étaient gravement compromis, et que l'hypothèque légale, créée dans l'intérêt des familles, n'était plus qu'une garantie illusoire (2).

Au premier de ces deux griefs il a été donné pleine satisfaction par les lois qui ont organisé la publicité de la subrogation à l'hypothèque légale. Lorsqu'un tiers contractait avec le mari, il pouvait toujours se dire que la femme était encore maîtresse de son hypothèque légale, que peut-être elle n'y avait encore subrogé personne, qu'il importait donc de la faire intervenir pour obtenir d'elle la subrogation. Aussi cette convention, malgré l'incertitude qui lui enlevait une partie de son utilité, était-elle d'un usage courant. Dès lors que la femme avait des droits sur les biens de son mari, il fallait, par la force même des choses, qu'elle intervînt dans les contrats passés par lui. Et comme on tenait à conserver l'hypothèque de la femme sur les biens de son administrateur légal, comme d'autre part interdire

(1) *Documents sur le régime hypothécaire*, t. II, p. 447 ; Gide *op. cit.*, p. 443.

(2) Laferrière, *Revue de droit français et étranger*, t. V, p. 692.

à la femme toute intervention eût été rétablir le sénatus-consulte Velléien et tenter à nouveau une entreprise que l'expérience avait démontrée vaine et contraire aux principes de la communauté, il ne restait plus qu'un parti à prendre : élever au rang d'institution légale, perfectionner en même temps et régulariser ce pacte, par lequel les praticiens faisaient coopérer la femme aux affaires de la société conjugale. C'est ce qui fut réalisé par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, qui, en reconnaissant la validité des actes par lesquels la femme se dépouille de son hypothèque légale et en transfère le bénéfice à des tiers, astreignit ces conventions aux formes de publicité qui sont de principe dans notre régime hypothécaire.

Le second ordre de critiques touche de beaucoup plus près à notre sujet, et tandis que l'intérêt des tiers paraît aujourd'hui sauvegardé, on soutient encore que la femme n'est pas assez protégée contre les entraînements auxquels peut donner lieu sa renonciation à l'hypothèque légale. Il est contradictoire, dit-on, que la restriction de l'hypothèque légale soit entourée de garanties de toute sorte, que le mari, pour exonérer de cette charge quelques-uns de ses immeubles, soit tenu de prendre l'avis d'une assemblée de famille et d'obtenir, après conclusions du ministère public, l'autorisation du tribunal, et que d'autre part il puisse, avec le simple consentement de sa femme, vendre ses immeubles libres de toute charge, et priver ainsi sa femme des garanties que la



loi lui réserve. La Faculté de Paris avait proposé jadis de soumettre à l'autorisation de la justice toute intervention de la femme en faveur de son mari (1). Mais quel besoin de s'adresser à la justice lorsque les époux sont d'accord ? Ces critiques sont inspirées par l'idée surannée que la femme est un être faible, incapable, ignorant, que l'autorité publique doit protéger contre la tyrannie du mari. Cette idée se retrouve, à n'en pas douter, dans le Code ; mais convient-il d'en multiplier les applications ? Des deux institutions contradictoires que l'on nous signale, ce n'est point celle où se trouve le concours libre et fécond des époux, qui mérite nos reproches : je blâmerai au contraire le luxe de formalités onéreuses, dont le législateur a entouré un pacte, qui consiste à dégrever les biens du mari d'une charge trop lourde dans l'intérêt commun du ménage. Tout ce que l'équité exige, c'est que le consentement de la femme ne soit pas surpris, c'est que son attention soit mise en éveil et qu'elle puisse se rendre compte de ce qu'on lui demande. Or la loi de 1855 satisfait entièrement à ces conditions, en décidant que la femme ne peut subroger à son hypothèque ou y renoncer que par acte authentique ; et la loi du 13 février 1889 n'a peut-être que trop cédé à de vieux préjugés, lorsque, contrairement à l'avis des hommes les plus compétents et malgré les vives et constantes réclamations de tous les gens de pratique,

(1) *Documents sur le régime hypothécaire*, t. II, p. 450.

elle a maintenu la nécessité de l'acte authentique même pour les actes de peu d'importance. On objecte qu'aujourd'hui encore la femme peut se trouver dépouillée par surprise, parce que la loi interprète son concours à l'acte du mari en qualité de covenderesse de l'immeuble vendu ou de garante de l'obligation contractée, comme une renonciation tacite à son hypothèque légale. Mais, à supposer la femme complètement ignorante, quand son mari la mène chez un notaire pour apposer sa signature au bas d'un acte, cette formalité inusitée est bien de nature à éveiller sa curiosité, et elle peut demander des explications que l'officier ministériel ne lui refusera jamais (1).

Il y a un régime où les intérêts de la femme sont sévèrement garantis, où elle se trouve en tutelle malgré elle, où sa volonté la plus déterminée et exprimée de la façon la plus catégorique ne saurait affranchir son mari du joug que la loi lui impose : c'est le régime dotal. Tel n'est point le régime de communauté, dont le nom indique assez qu'il favorise l'action commune des époux et la confusion de leurs intérêts, parce qu'il ne suppose, comme on l'a dit, « ni le mari disposé à ruiner sa femme, ni la femme assez docile et assez faible pour acquiescer à des actes qui mettraient inutilement ses biens en péril » (2). Il est étrange, à vrai dire, que la femme, sup-

(1) Guillouard, *Hypothèques*, t. IV, n° 1713 ; Mérygnac, *op. cit.*, pp. 37-38.

(2) Fenet, XIII, p. 670.

posée en cet endroit si raisonnable et si clairvoyante, soit, sur d'autres points, traitée comme un enfant ; cela montre seulement que l'incapacité du sexe, cette institution romaine qui s'harmonise avec le régime dotal, entre en contradiction flagrante avec la notion de communauté, et que vouloir la combiner avec un régime matrimonial qui repose essentiellement sur l'idée de collaboration, qui suppose par conséquent deux êtres capables *l'un et l'autre* de collaborer, c'est se vouer à d'inévitables incohérences.

Gardons-nous donc de blâmer ces pactes de renonciation et de subrogation à l'hypothèque, qui, malgré l'incapacité de la femme, malgré le silence auquel on prétend la réduire, lui permettent de prendre une part active dans la gestion des intérêts les plus graves, et réalisent dans la sphère des intérêts pécuniaires ce *consortium omnis vitae*, qui, même à notre époque de scepticisme moqueur, reste la véritable formule du mariage. M. Gide, dans quelques pages admirables, a montré les avantages économiques et moraux qui résultent de ce concours des époux ; il a dit quelle influence salutaire la femme était appelée à exercer comme conseillère de son mari ; comment, tout ignorante qu'elle est des lois et des affaires, son bon sens, sa prudence, ses inquiétudes maternelles lui dicteraient souvent des avis pleins de sagesse et lui inspireraient au besoin le courage de s'opposer aux projets néfastes d'un mari prodigue ou

téméraire (1). Aussi, loin de vouloir retirer à la femme ces pouvoirs de délibération, regrettons-nous au contraire qu'elle ne soit admise à les exercer que dans le cas où le mari possède des immeubles. Mais avant de dire ce qui manque pour que les droits d'intervention de la femme soient complets, voyons ce que la jurisprudence a fait pour les étendre et les perfectionner.

\*  
\* \*

La jurisprudence est unanime à décider que l'hypothèque légale de la femme frappe non seulement les propres du mari, mais aussi les conquêts de communauté. Cette opinion, déjà adoptée par les anciens auteurs et les parlements, est très favorable à la femme : car, en même temps qu'elle assure mieux ses reprises elle étend notablement son influence. L'intervention de la femme devient nécessaire, non seulement lorsqu'il s'agit des propres du mari, mais aussi quand un tiers veut acquérir des droits sur un conquêt. Mais cette extension du gage hypothécaire de la femme, si elle est admise en principe, ne laisse point de soulever de graves controverses, parce que l'on n'est pas d'accord sur le fondement de cette doctrine ni sur les effets qu'elle doit produire. Or de ces effets dépend l'utilité, l'importance de l'intervention lorsqu'il s'agit de conquêts.

Dans l'ancien droit, la femme avait hypothèque sur

(1) Gide, *op. cit.*, pp. 480 et suiv.

les conquêts, par la simple raison qu'elle avait hypothèque sur tous les immeubles de son mari, et que celui-ci pendant le mariage était propriétaire unique des biens communs (1). L'hypothèque portait donc sur *tous* les conquêts ; mais elle était résoluble éventuellement pour moitié dans le cas où la femme accepterait la communauté : car nul ne peut avoir hypothèque sur sa propre chose (2).

On s'étonnera à juste titre de voir cette doctrine reproduite par des décisions même récentes de nos cours et par des auteurs modernes (3). MM. Aubry et Rau déclarent que, lorsque la femme renonce, le mari conserve la propriété des conquêts *jure non decrescendi*. M. Guillouard reproduit pour le cas de la femme renonçante la doctrine de Renusson, et ajoute que, si l'hypothèque de la femme porte en principe sur tous les conquêts, c'est parce que « la femme *n'a pendant le mariage que des droits éventuels à la communauté* et que, suivant les expressions célèbres de Dumoulin, vraies aujourd'hui comme dans notre ancien droit : *Non est proprie socia sed speratur fore* ». Ces auteurs ne sont pas conséquents avec eux-mêmes, non plus que les

(1) Renusson, *Communauté*, 2<sup>e</sup> partie, ch. III, n<sup>o</sup> 44 ; Pothier, *Communauté*, n<sup>o</sup> 568.

(2) Bacquet, *Droits de justice*, ch. XV, n<sup>o</sup> 42, enseignait pourtant que la femme acceptante conservait hypothèque sur sa part des conquêts.

(3) Colmar, 1<sup>er</sup> mars 1855, D. 57.2.37 ; Paris, 6 juin 1882, S. 85.2. 116 ; Bordeaux, 27 novembre 1894, D. 96.2.366 ; Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, texte et note 29 ; Guillouard, *Hypothèques*, t. II, n<sup>o</sup> 795.

arrêts qui ont appliqué leur doctrine : car, adoptant les principes et les solutions de l'ancien droit pour le cas où la femme renonce à la communauté, ils les répudiaient lorsque la femme accepte ; ils soutiennent qu'en pareil cas l'hypothèque sur les conquêts disparaît *pour le tout*, « qu'elle ne peut préjudicier aux droits hypothécaires ou autres conférés par le mari à des tiers pendant la communauté, parce que *le mari, administrateur légal de la communauté, est censé le mandataire de la femme*, qu'il a agi tant pour elle que pour lui-même... qu'enfin, au moment où ont été faits les actes en question, l'hypothèque légale ne pouvait frapper des immeubles, qui n'étaient pas alors la propriété exclusive et irrévocable du mari » (1).

Cette doctrine a pratiquement le grave inconvénient de diminuer l'utilité de la subrogation : l'acquéreur d'un conquêt, qui se fait subroger dans les droits de la femme, reste menacé de voir ses droits hypothécaires s'évanouir complètement, au cas où la femme accepterait la communauté. Et au point de vue théorique, si l'on considère l'acceptation de la femme comme une ratification qui valide rétroactivement les actes du mari, cette ratification ne peut jamais avoir effet que dans la mesure où le mari a représenté la femme, c'est-à-dire

(1) Considérant de l'arrêt de Colmar précité. Cf. Guillouard, *loc. cit.*, 799, et Aubry et Rau, *loc. cit.*, texte et note 31, qui donnent sinon les mêmes motifs (la contradiction serait trop flagrante), du moins les mêmes solutions.



quant à la part qu'elle retire des biens communs. La femme acceptante devrait donc conserver son hypothèque intacte sur les conquêts que le partage met dans le lot du mari.

Mais ce qui mérite surtout la critique, c'est le point de départ de cette théorie et la contradiction qu'elle contient. La jurisprudence, malgré sa tendance à développer les droits de la femme, ne peut se décider à lui reconnaître franchement un droit actuel d'associée dans la communauté. Partons au contraire de cette idée, qui est certainement conforme à l'esprit du Code, et voyons quelles conséquences on en doit tirer pour la question présente.

La qualité d'associée de la femme ne l'empêche pas d'avoir, en garantie de sa fortune personnelle, hypothèque générale sur tous les immeubles du mari, y compris ceux qui pourront lui advenir. Or le jour où un immeuble entre dans la communauté, le mari en devient propriétaire pour moitié. Donc l'hypothèque de la femme frappe ce bien jusqu'à concurrence de la moitié de sa valeur ; le mari peut sans doute l'aliéner, mais il ne dispose pas à son gré de l'hypothèque dont il est grevé : car cette hypothèque est un propre de la femme. Quoi que fasse le mari, cette hypothèque subsistera : le seul cas où elle disparaîtrait serait celui où, l'immeuble étant mis par le partage dans le lot de la femme, elle s'éteindrait par confusion. De même que l'hypothèque de la femme sur un conquêt déterminé

est exposée à disparaître dans ce cas, elle est appelée éventuellement à s'accroître et à porter sur la valeur totale de l'immeuble, si un jour le mari est censé en avoir toujours été propriétaire unique, ce qui aura lieu lorsque le partage mettra l'immeuble dans son lot, ou lorsque la femme renoncera à la communauté (1). Conclusion : les tiers ont un intérêt à se faire subroger dans ce droit hypothécaire, intérêt éventuel en tant que ce droit peut porter sur l'immeuble tout entier, intérêt certain en tant qu'il frappe la moitié de sa valeur.

Faut-il parler cependant d'un intérêt certain ? Le créancier subrogé n'est-il pas exposé à voir son droit réduit à néant, lorsque l'immeuble tombe dans le lot de la femme ? Sans doute ; et, bien que le contraire ait été soutenu, bien que l'ancienne doctrine de Bacquet se trouve reproduite dans un arrêt récent (2) (tant la jurisprudence est encore incertaine sur cette importante matière !), il est difficile de répondre au raisonnement que voici : la femme qui accepte la communauté est censée avoir été propriétaire unique des immeubles qu'elle reçoit en partage, dès le jour où ces biens sont entrés en communauté : donc elle n'a jamais eu hypothèque sur eux, et elle n'a pu transmettre au créancier plus de droit qu'elle n'en avait. Toutefois, il ne faut pas

(1) Cette doctrine a été développée par M. Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*, VIII.

(2) Angers, 24 avril 1891, *Pand. Fr.*, 92.2.38, Cf. *suprà*, p. 201, note 2.

perdre de vue que le subrogé à l'hypothèque générale, s'il perd ses droits sur les conquêts qui tombent dans le lot de la femme, en acquiert de plus étendus sur ceux qui étoient au mari. Ainsi, quoi qu'il arrive, la subrogation confère au tiers bénéficiaire *sur l'ensemble des conquêts*, un droit hypothécaire, au moins jusqu'à concurrence de la moitié de leur valeur. Que lui importe d'exercer un droit sur un immeuble plutôt que sur tel autre ?

Cette question pourra prendre de l'importance dans le cas où le tiers n'a été subrogé que sur un conquêt déterminé. La jurisprudence admet cette spécialisation du gage hypothécaire ; mais il ne faut pas se dissimuler que la subrogation à l'hypothèque *sur un conquêt* ne donne qu'une garantie aléatoire : la femme ne peut céder que ce qu'elle a ; or, au moment où elle intervient, elle ne peut pas dire que tel ou tel des conquêts fasse partie de son gage hypothécaire : elle n'en sait rien. La seule chose certaine, c'est qu'elle a hypothèque sur la moitié de l'ensemble des conquêts ; ce droit-là est assuré, et l'on peut en acquérir le bénéfice avec la même sécurité que s'il s'agissait de l'hypothèque sur un propre du mari.

Lorsque la femme subroge à son hypothèque, elle peut limiter l'effet de la subrogation à un immeuble déterminé. C'est un perfectionnement de son crédit hypothécaire que ne permettait pas l'ancien sous-ordre ; la loi du 13 février 1889, § 3 le consacre implicitement.

L'intérêt qu'ont les époux à restreindre les effets de la subrogation se conçoit aisément, et la sûreté conférée au tiers équivaldra souvent à une subrogation générale. Supposons que le mari ait deux immeubles A et B. Il s'engage envers un tiers qui demande la subrogation. Si l'immeuble A est d'une valeur supérieure au montant de la créance, il doit suffire à la garantie du créancier. Et d'autre part les époux ont intérêt à garder leurs droits intacts sur l'immeuble B. S'ils concédaient l'hypothèque générale, le créancier pourrait saisir à son gré l'un ou l'autre des immeubles ; tous leurs fonds, sur lesquels repose leur crédit, seraient également menacés d'éviction ; tous les droits qu'ils voudraient concéder désormais sur la moindre parcelle de terrain seraient aléatoires. Ils ont donc un intérêt majeur à délimiter le gage hypothécaire du créancier. De là vient l'usage si fréquent des subrogations spéciales. On ne peut plus dire en pareil cas que le tiers soit subrogé dans tous les droits de la femme : celle-ci ne cède son rang d'hypothèque que sur un immeuble déterminé ; elle fractionne ainsi son crédit et n'en consomme que ce qui est nécessaire à la satisfaction du contractant.

La jurisprudence se montre très favorable à ces subrogations restreintes. Elle admet que la limitation peut être tacite et résulter par exemple de ce que le tiers a reçu dans le même acte d'abord hypothèque spéciale concédée par le mari sur un certain immeuble, puis subrogation à l'hypothèque de la femme ; la subrogation

est interprétée comme concernant seulement l'immeuble indiqué (1). Un arrêt déclare même que la limitation doit s'induire des termes de l'inscription prise par le créancier, lorsque cette inscription est spéciale à un immeuble (2). Mais, comme le fait judicieusement observer en note M. César-Bru, si les autres créanciers peuvent opposer la spécialité de l'inscription, la femme ne saurait s'en prévaloir pour limiter les effets d'une subrogation qu'elle a consentie absolue et sans limites.

Cette spécialisation de l'hypothèque cédée à un tiers suscite, quant à ses effets, certaines difficultés, qui jettent aujourd'hui encore de l'incertitude sur le crédit hypothécaire de la femme. Comment régler la situation de deux personnes qui ont été subrogées sur des immeubles différents ? A première vue il semble qu'elles n'aient rien de commun entre elles, puisque leurs droits ne portent pas sur les mêmes biens. Le cinquième alinéa de la loi du 13 février 1889 prévoit cependant un conflit, et avec raison, nous semble-t-il, quoique plusieurs auteurs aient déclaré ce texte vide de sens (3). Le crédit hypothécaire de la femme n'est pas inépuisable ; il se borne non seulement à la valeur des immeubles grevés, mais aussi au montant de ses reprises ; et le créancier subrogé, qui prétend se faire colloquer dans un

(1) Limoges, 19 février 1897, D. 99.2.122.

(2) Agen, 19 janvier 1898, D. 1900.2.281 ; *contra*, Paris, 9 décembre 1890, D. 91.2.368.

(3) Planiol, *Droit civil*, t. II, n° 3489; César-Bru, note sous l'arrêt d'Agen précité.

ordre à son rang privilégié, doit justifier des reprises que la femme est en droit d'exercer (1). Supposons que l'un des deux subrogés veuille exercer ses droits sur l'immeuble qui lui est affecté, pour une somme qui épuise le montant actuel des reprises ; l'autre ne pourrait-il s'opposer à cette mesure qui compromet tout le bénéfice de sa subrogation ? Sans doute il ne se fera pas colloquer dans l'ordre que l'on veut ouvrir : car sur l'immeuble en question il n'a aucun droit (2). Mais ne peut-il pas exiger que l'on attende, pour exercer les droits hypothécaires de la femme sur cet immeuble, qu'il les ait lui-même exercés sur le bien qui lui est affecté ? Oui, s'il a eu soin d'inscrire le premier sa subrogation ; voilà ce que répond la loi de 1889. Ce texte a été ainsi interprété par un arrêt de la Chambre des requêtes et par M. de Loynes, qui, dans une note détaillée, commente la doctrine de la Cour (3). Cette interprétation adapte le principe de la publicité à la pratique des subrogations spéciales, met en garde les tiers contre le danger d'une subrogation portant sur un immeuble libre mais unique, les invite à rechercher, par l'examen des autres immeubles, ce que vaut réellement le crédit hypothécaire de la femme au moment où elle les subroge dans ses droits ; par là même, elle rend plus pratiques les subrogations spéciales en leur assi-

(1) Req., 22 janvier 1900, D. 1900.1.159.

(2) Agen précité.

(3) Req., 11 juillet 1894, D. 96.1.113.



gnant leur juste portée. Quand la femme a subrogé sur un immeuble déterminé, les autres immeubles sont libres, mais *le crédit de la femme est entamé* : car le premier appelé à en user est le tiers qui, déjà subrogé, a conservé son droit par les précautions de publicité. Et c'est ne tenir aucun compte de cette considération que de vouloir attribuer des droits absolument égaux à deux créanciers subrogés sur des immeubles différents et inscrits à des époques diverses ; c'est ressusciter l'aléa jadis tant critiqué, que de faire recueillir tout le bénéfice du rang privilégié à celui des deux créanciers qui se hâte le plus de réaliser son droit, alors que l'autre avait eu peut-être la primeure d'une hypothèque absolument intacte et avait tout fait pour conserver cette faveur.

Le crédit hypothécaire de la femme renaît sans cesse, dit-on ; il ne faut pas s'effrayer si un créancier subrogé épuise son hypothèque pour le montant actuel de ses reprises ; car le chiffre exact de ses reprises ne peut être connu qu'à la dissolution de la communauté. Bien plus, à moins que le subrogé en question ne soit un créancier de la femme, auquel cas le paiement que lui fait le mari vaut récompense pour la femme, l'hypothèque de la femme renaît immédiatement : puisque ce créancier du mari ou de la communauté s'est fait payer sur des biens qui devaient subvenir aux reprises de la femme, celle-ci redevient par là même créancière du mari ; peu importe son consentement à la subrogation,

peu importe même son engagement personnel : dans ses rapports avec son mari, elle n'est jamais censée être que sa caution (art. 1431) ; ainsi ce paiement fait à son préjudice la rend créancière du mari, et créancière armée d'une hypothèque légale dont profitent encore ceux qui sont subrogés à ses droits. — D'accord ; mais cette hypothèque, qui renaît pour ainsi dire de ses cendres, ne prend plus rang à dater du jour du mariage : il serait trop facile à la femme d'étendre son hypothèque privilégiée, et de se créer à l'égard des tiers un crédit factice. Elle retrouve sans doute son hypothèque, mais au rang que pouvait se faire attribuer le tiers qu'elle a subrogé dans ses droits ; elle a cédé à ce tiers son rang avantageux, et elle reprend celui dont, sans son intervention, il aurait dû se contenter. Autrement dit, son droit à récompense subsiste, mais l'hypothèque qui le garantit ne prend plus rang qu'au jour où elle a subrogé dans ses droits (art. 2135, 2<sup>o</sup> § 3). Il ne faut pas s'en étonner : elle a usé de son crédit hypothécaire ; elle conserve néanmoins une créance aussi étendue que par le passé ; ce qui est diminué, c'est la qualité de ses garanties, c'est l'importance du crédit qui lui reste (1).

(1) Un arrêt récent de la Cour d'Agen (6 mars 1904, V. *La Loi* du 15 avril 1904) a jugé que la femme en pareil cas ne conservait même pas d'hypothèque dans laquelle elle pût subroger. Cette décision, qui est contraire aux idées reçues jusqu' alors en doctrine et en jurisprudence (V. Guillouard, *Hypoth.*, t. IV, n<sup>o</sup> 1788 et la jurispr. citée), et qui tend à diminuer le crédit hypothécaire de la femme, ne se justifie par aucune considération théorique : puisque la femme conserve

Il ne faut donc pas se dissimuler le grave préjudice qui peut résulter pour un subrogé de ce qu'il n'exerce pas le privilège de la femme dans le rang auquel son inscription lui donne droit. Il conservera sans doute l'hypothèque de la femme, mais dans un rang non privilégié, où il sera primé peut-être par des ayants-cause du mari qui ont acquis de lui des droits depuis le mariage ; à moins que la femme n'ait encore d'autres créances garanties par l'hypothèque à dater du jour du mariage, ou qu'elle ne vienne à en acquérir par la suite.

La loi et la jurisprudence ont favorisé le développement du crédit de la femme, et par conséquent son concours aux actes du mari, en comprenant les conquêts dans son gage hypothécaire, en lui permettant de spécialiser son hypothèque au moment où elle la cède, en lui conservant enfin son hypothèque dans la mesure où le subrogé ne s'en est pas servi. L'hypothèque est devenue entre les mains de la femme une véritable monnaie de crédit, divisible à l'infini et dont elle ne cède des parcelles que dans la mesure où il y a intérêt pour celui qui traite avec son mari.

A vrai dire, par un autre côté, le Code paraît moins favorable à la femme que ne l'était l'ancienne coutume : dans notre ancien droit, la femme avait hypothèque à dater de son mariage ou de son contrat de mariage

son droit à récompense, il va sans dire qu'elle conserve son hypothèque, moins efficace sans doute puisqu'elle a perdu son rang, mais encore bonne à être cédée à un tiers.

pour toutes les créances qu'elle pourrait avoir contre son mari. L'article 2135-2° a établi des distinctions, inspirées par un motif qui se conçoit aisément : il ne faut pas que la femme se crée un crédit imaginaire, et qu'en se rendant créancière de son mari pendant le mariage, elle acquière à son gré des droits privilégiés qui lèsent les tiers : un droit aussi exorbitant se comprenait peut-être lorsqu'on était hanté de cette idée que la femme incapable est exposée à donner son consentement malgré elle ; mais il menaçait gravement les tiers, et, loin d'être utile au ménage, nuisait à son crédit. Voilà pourquoi aujourd'hui la femme qui consent à l'aliénation d'un propre ou qui s'oblige avec son mari n'a d'hypothèque pour la créance qui en résulte qu'à dater du jour où cette créance est née. Il faut convenir que le législateur a perdu de vue le motif de sa réforme et sacrifié un peu la femme aux intérêts des tiers, lorsqu'il a refusé le rang privilégié à l'hypothèque qui garantit la reprise des successions et donations mobilières advenues à la femme pendant le mariage : il s'agit bien là de garantir le patrimoine personnel de la femme, d'assurer une créance qu'elle n'a point fait naître volontairement ; il semble donc que l'hypothèque devrait prendre rang, comme pour la dot et les conventions matrimoniales, à la date du mariage.

Mais si l'on consulte la jurisprudence sur l'étendue des reprises de la femme, et sur le rang de l'hypothèque qui les garantit, on voit que les tribunaux ont favorisé

aussi par ce côté le crédit et l'influence de la femme. Si l'on discute encore en doctrine sur le sens de l'article 2135-2°, la jurisprudence décide d'une façon constante que le premier alinéa de ce texte assigne *en règle générale* à l'hypothèque légale de la femme un rang privilégié à la date du mariage, et elle considère les paragraphes suivants comme des exceptions au principe. Et comme d'autre part on interprète très largement l'expression « conventions matrimoniales », qui se trouve au premier alinéa, comme on y fait entrer non seulement les créances qui naissent de l'administration des propres par le mari, mais aussi tous les avantages légaux ou conventionnels que la femme est appelée à exercer sur les biens du mari (1), comme on y comprend même des reprises qui n'intéressent en rien les propres de la femme (2), il en résulte que la femme, alors même qu'elle n'a pas une fortune personnelle considérable, peut avoir néanmoins au jour de son mariage

(1) V. hypothèque en garantie de l'habitation et du deuil de la veuve (Riom, 20 juillet 1853, D. 55.2.358) ; des donations et gains de survie (Cass., 27 décembre 1859, D. 60.1.195, Grenoble 19 déc. 1893, D. 95.2.140) ; même des institutions contractuelles (Cass., 12 mai 1875, S. 76.1.347).

(2) V. hypothèque garantissant la pension alimentaire de la femme séparée de corps, contrairement à la jurisprudence antérieure (Dall., *Jur. Gén. Supplém.*, V° *Privil. et hypoth.*, n° 471) ; Dijon, 16 juin 1893, D. 94.2.25 ; Cass., 25 juin 1895, D. 97.1.553 ; Douai, 16 mai 1895, D. 98.2.105. — V. de même hypothèque privilégiée garantissant même à l'égard des tiers la reprise d'apport franc et quitte stipulée par contrat de mariage. Il faut toutefois que cette clause ait été déclarée opposable aux tiers. Bordeaux, 28 juillet 1898, D. 1900.2.345.

une hypothèque importante sur les biens de son mari, c'est-à-dire un respectable élément de puissance dans la gestion des intérêts communs.

\*  
\* \*

Sans prétendre épuiser les nombreuses questions auxquelles donne lieu l'hypothèque de la femme, nous avons insisté sur cette institution parce qu'elle a toujours été et tend à devenir de plus en plus un instrument d'influence et d'autorité pour la femme. Ce moyen d'influence est-il assez puissant ? répond-il à tous les besoins ? assure-t-il le concours des époux dans tous les cas où ce concours devrait avoir lieu, c'est-à-dire dans tous les actes importants de la gestion ? Il faut bien reconnaître que cette institution n'est pas en harmonie avec la composition des fortunes à l'heure présente. Pour être efficace, elle suppose que le patrimoine du mari se compose surtout d'immeubles. Elle laisse le mari libre de se livrer sans contrôle à des opérations financières très graves, téméraires peut-être, sur des valeurs mobilières considérables. C'est encore un écho de l'adage ancien *res mobilis res vilis*.

L'hypothèque légale a un double but : 1° garantir la fortune personnelle de la femme ; 2° permettre à la femme d'intervenir dans les affaires graves en abandonnant une partie de ses garanties. Mais pour que ce double but soit atteint, encore faut-il que le mari ait des immeubles. Or, l'on trouve fréquemment aujourd'hui,



même dans les classes aisées, des fortunes qui ne comprennent pas le moindre fonds de terre. Enfin ce système est absolument en défaut lorsqu'il s'agit de ménages pauvres. Depuis des années que l'on voit le paysan vendre son champ pour aller à la ville, combien s'est accru le nombre des ménages qui ne possèdent pas le moindre lopin de terre ? Combien sont-ils aujourd'hui, pour qui l'hypothèque de la femme et la subrogation ne sont que de vains mots écrits dans notre Code ? Pour la femme pauvre, la loi n'organise aucun pouvoir d'intervention, aucun droit de participation à la gestion commune. Ainsi, après avoir montré le développement de l'hypothèque de la femme et le parti qu'on en a su tirer pour assurer le concours des époux au moyen de la subrogation, nous sommes forcés de reconnaître que cette institution, si ingénieuse dans son principe, si habilement interprétée par les auteurs et la jurisprudence, reste dans la grande majorité des cas lettre morte. Nous nous trouvons en présence d'une lacune dans nos lois. Contentons-nous ici de la signaler. On étudiera plus loin les moyens de la combler.

## CHAPITRE V

### CONCOURS DE LA FEMME AUX ACTES DU MARI.

#### HYPOTHÈSES DIVERSES.

Nous avons consacré des développements spéciaux au pacte de subrogation à l'hypothèque légale parce que ce pacte, malgré son insuffisance, reste le cas le plus fréquent, le plus significatif d'action commune entre les conjoints. Mais ce serait se faire une idée incomplète de la situation de la femme dans la société conjugale que de négliger tous les autres cas où elle est appelée à concourir aux actes du mari. Ce qui a déjà été dit sur le remploi et sur le retrait d'indivision nous dispense d'insister sur le rôle actif que la femme est appelée à jouer même pendant le mariage, très certainement dans le premier cas, peut-être aussi dans le second, comme tend à le décider une jurisprudence équitable, mais peu logique et contraire au texte (1). Aussi bien la femme n'est-elle considérée alors que dans la défense de ses intérêts propres ; et c'est surtout dans sa fonction d'associée qu'il s'agit de l'étudier.

Ces deux aspects du rôle de la femme tendent à se

(1) V. *suprà*, p. 178.

confondre dans l'hypothèse que voici : la femme, en se mariant, ameublit un de ses immeubles ; ce bien tombe en communauté. Peut-elle cependant stipuler que le mari n'en pourra disposer sans son consentement comme si elle avait gardé l'immeuble en propre ? On a dit que c'était porter atteinte aux droits du mari comme chef, contrairement à l'article 1388, et donner à la femme sur des biens communs des droits qu'elle ne devait avoir que sur ses propres (1). Ces observations seraient très justes, s'il s'agissait de réserver des droits de ce genre à la femme *sur des conquêts*. Les prérogatives du mari comme chef seraient diminuées si l'on entamait les droits que la loi lui donne sur une communauté régulièrement constituée (2). Tel n'est point le cas : la femme, en ameublissant son immeuble, fait entrer dans la communauté un bien qui n'y devait pas figurer ; elle accroît les pouvoirs du mari ; ne peut-elle limiter la faveur qu'elle lui fait ? Or c'est précisément ce qui a lieu dans la clause en question : l'ameublissement conserve son effet en ce que le mari a des pouvoirs d'administration plus larges, pour les baux par exemple, en ce qu'il peut agir seul en justice, même au pétitoire, relativement à l'immeuble ameubli ; mais il n'a pas le droit d'en disposer sans le consentement de sa femme (3).

(1) Laurent, XXI, 425 ; Aubry et Rau, V, § 504, note 3.

(2) C'est ce que fait le Code hollandais qui (art. 195) permet à la femme de stipuler que son consentement sera nécessaire pour l'aliénation de biens tombés, de son chef, dans la communauté *légale*.

(3) En notre sens, Guillouard, *Contrat de mariage*, I, 418.

Cette hypothèse est exceptionnelle. Quels sont donc, de droit commun, les cas où la femme coopère aux actes du mari sur les biens de la communauté ? Il est généralement admis que la femme valide par son concours les actes que le mari ne peut faire seul (art. 1422), c'est-à-dire les donations entre vifs d'un conquêt ou d'une quotité du mobilier (1). M. Laurent est le seul parmi les auteurs récents qui ait contesté cette opinion ; il a pour lui les vieux auteurs et une jurisprudence ancienne mais abandonnée ; et quant aux arguments qu'il apporte, c'est cette idée que la femme, tant que dure la communauté, n'a aucun droit sur les biens communs, qu'elle n'est pas copropriétaire, qu'elle n'est associée qu'en théorie, idée respectable par les vieilles traditions qu'elle évoque, mais désavouée implicitement, nous l'avons vu, par les nouveaux principes qu'a posés le Code civil, et de plus en plus abandonnée par la jurisprudence et les auteurs modernes (2).

Lors même que le mari n'a pas d'immeubles et que par suite l'hypothèque de la femme est réduite à néant, il n'en faut pas conclure que nécessairement la femme demeure étrangère aux engagements contractés par son mari. Loin de là, si la fortune du mari est modeste et les biens communs de peu de valeur, les tiers, désireux

(1) Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 14 ; Guillouard, II, 703. La jurisprudence est en ce sens depuis l'arrêt de cassation du 5 février 1850, S. 50.1.337.

(2) Laurent, XXII, n<sup>os</sup> 1 et suiv. Cet auteur se contredit formellement. Cf. Laurent, XXI, 194, déjà cité *suprà*, p. 145, note 1.

d'accroître leur gage, demanderont que la femme s'oblige envers eux en même temps que son mari, soit conjointement, soit même solidairement, afin de pouvoir la poursuivre sur ses propres. Dans ces circonstances le consentement de la femme devient nécessaire pour une affaire qui concerne uniquement la communauté. A l'égard de son mari elle n'est réputée que caution (art. 1431). Elle se trouve dans la situation d'un associé, dont les risques sont limités, et qui, pour permettre de conclure une affaire intéressant la société, s'oblige personnellement en même temps que ses coassociés, ouvrant pour ainsi dire un crédit sur les fonds qu'il n'a pas risqués. Si l'on fait usage de cette ouverture de crédit, c'est-à-dire si le tiers contractant se fait payer par la femme, celle-ci se fera indemniser sur les biens communs, et au besoin sur les biens personnels de son associé, de son mari, dont les risques sociaux sont illimités ; et si les affaires vont mal, si le mari tombe en faillite ou en déconfiture, la femme devenue créancière de son mari par sa seule ouverture de crédit, c'est-à-dire par le simple engagement qu'elle a contracté en sa faveur, peut demander récompense, alors même qu'elle n'aurait encore rien payé (1). Ainsi, à l'analyse, on s'aperçoit qu'elle n'agit pas ici exactement comme une associée. Mais qu'importe pratiquement cette différence ? Quand la femme subroge à son hypo-

(1) Guillouard, II, 863 et la jurisprudence qu'il cite.

thèque légale, elle n'intervient pas non plus à la manière d'un associé ordinaire. Il n'en est pas moins vrai que, par ces moyens détournés, on en arrive à rendre nécessaire pour des actes graves concernant une masse commune, le concours des deux intéressés, exactement comme s'il s'agissait d'une société de droit commun.

La jurisprudence, dans le courant de ce siècle, a encore agité la question de savoir si la femme peut par contrat de mariage s'interdire de s'obliger dans l'intérêt de son mari, autrement dit si l'on peut ressusciter par convention le sénatus-consulte Velléien. La raison de douter était que ce sénatus-consulte existe encore chez nous, réduit, masqué, mais toujours vivant comme accessoire indispensable du régime dotal : il s'appelle aujourd'hui la défense faite à la femme dotale de compromettre la reprise de ses deniers dotaux (1). Or la loi ne défend pas d'adjoindre à la communauté des clauses empruntées au régime dotal (2). Néanmoins la jurisprudence, après avoir jugé longtemps que la femme commune en biens pouvait s'enlever la faculté de s'obliger avec son mari, décide aujourd'hui d'une manière constante, et avec l'approbation de beaucoup d'auteurs, que cette clause est incompatible avec le régime de commu-

(1) Gide, *op. cit.*, pp. 449 et suiv.

(2) Cass., 19 juin 1865, S. 65.1.372 : Clause de emploi obligatoire avec responsabilité du tiers acquéreur. — Cass., ch. réunies, 8 juin 1858, S. 58.1.417 ; Paris, 8 janvier 1890, D. 90.2.74 ; certains biens et même tous les immeubles de la femme peuvent être déclarés inaliénables, quoique l'on adopte le régime de communauté.



nauté, que l'esprit même de ce régime consiste à laisser la femme libre, pendant la durée du mariage, de confondre à son gré ses intérêts avec ceux de son mari en intervenant dans les affaires communes, ou de sauvegarder sa fortune propre en se tenant prudemment à l'écart, et qu'un régime, où la femme se lierait d'avance les mains, ne serait plus le régime de la communauté (1).

Mais où l'on voit le plus souvent la femme intervenir, c'est dans ces opérations d'un caractère essentiellement familial qui ont pour but d'établir les enfants, d'assurer leur avenir, de les aider dans les premiers pas de leur carrière. Le concours de la femme est alors tellement indiqué, que le régime dotal lui-même adoucit ses rigueurs pour cette hypothèse spéciale (art. 1555 et 1556). A plus forte raison, sous le régime de communauté, la mère est-elle non seulement consultée, mais invitée à délibérer et à consentir. L'article 1422 donne sans doute au mari sur les biens communs des pouvoirs particulièrement étendus pour ce cas, parce que le législateur considère l'établissement des enfants comme une des charges naturelles du mariage. Mais nous avons essayé de démontrer que l'indépendance du mari même dans ce cas n'est point sans limite (2); et, s'il dote sur des conquêts, le concours de la femme devient indispen-

(1) Cass., 22 décembre 1879, S. 80.1.126; Guillouard, I, 402 et 403, avec les auteurs et les arrêts qu'il cite. — *Contrà*, Paris, 6 décembre 1877, S. 78.2.61. Conclusions de M. l'avocat général Chevrier.

(2) V. *suprà*, p. 156.

sable, à cause de son hypothèque légale. Il y a plus : quand les fonds communs sont insuffisants ou engagés dans quelque entreprise lucrative d'où l'on ne veut point les retirer, il arrive que la femme s'oblige conjointement avec son mari à doter l'enfant commun et engage ainsi ses propres sans récompense. Cela ne constitue-t-il pas un véritable supplément d'apport dans l'œuvre commune entreprise par les époux ? Quand le père, agissant seul, donne la dot en biens de communauté, la mère n'est obligée par cet acte, comme par les autres actes de son mari, que dans la mesure de ce qu'elle a mis en communauté ; mais quand elle a parlé elle-même au contrat, son consentement est interprété, et c'est fort naturel, comme un acte par lequel elle entame son fonds de réserve pour en employer une portion à une œuvre qui intéresse au premier chef la société conjugale (1). Et, bien que le Code n'ait statué expressément que pour le cas où il s'agit d'établissement par mariage, la jurisprudence applique la même présomption dans tous les cas où les père et mère font à leur enfant une libéralité en vue d'assurer son avenir (2).

Il arrive fréquemment que les parents désirent constituer à leur enfant une grosse dot, tout en se réservant pour leur vieillesse des ressources suffisantes. Or il est à craindre qu'à la mort de l'un d'eux, le survivant réduit à sa part de communauté et à ses propres considé-

(1) Pau, 15 juin 1891, D. 92.2.157.

(2) Cass., 29 juillet 1897, D. 1900.1.582.

blement entamés par la dotation, ne se trouve dans une situation précaire, un peu à la merci de ses enfants (1). On obvie à cet inconvénient par la clause très usuelle d'*imputation sur la succession du prémourant*.

Il est convenu que le premier mourant des parents sera censé avoir seul constitué la dot, et que le survivant n'en devra supporter aucune portion, ni sur sa fortune personnelle, ni sur sa part de communauté; de sorte que, si le survivant a déjà payé sur ses propres tout ou partie de la dot, ou si elle a été fournie en biens de communauté, il a droit à une indemnité sur la succession du prédécédé. La tendance, sans cesse grandissante chez nous, à élever le chiffre des dots pour faciliter les mariages, fait que cette clause est l'une des plus connues dans la pratique du notariat. Or elle ne peut être stipulée qu'avec le concours de la femme, dont elle engage les propres, soit pour la moitié de la dot promise, tant que dure le mariage, soit même éventuellement pour le tout, si elle vient à mourir la première (2).

Enfin voici un dernier arrangement de famille, qui ne peut guère se conclure pratiquement sans la femme. Il s'agit des partages d'ascendants. Sans entrer ici dans le détail de cette institution, sans examiner les diverses

(1) Le droit successoral d'usufruit créé par la loi du 9 mars 1891 au profit du conjoint survivant ne suffit pas à calmer entièrement ces appréhensions.

(2) V. des détails sur la pratique de cette clause dans la thèse de M. Basset : *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires*, pp. 376-381.

formes qu'elle peut revêtir, ni l'étendue plus ou moins grande des biens sur lesquels elle peut porter, on peut dire d'une façon générale que c'est une opération par laquelle un père de famille procède d'avance au partage de tout ou partie de ses biens entre ses héritiers présumptifs. S'il s'agit de faire un partage de tous les biens du ménage, en confondant dans une seule masse les propres des deux époux et les biens communs, il va de soi que le concours de la femme est indispensable. Mais supposons qu'il ne soit question que des biens du mari ; si celui-ci, afin que l'opération soit générale et définitive, veut y comprendre tous ses biens présents et à venir, notamment la part qu'il doit recueillir dans la communauté, l'efficacité, la sûreté de ce partage dépend de l'approbation de la femme : celle-ci ne peut être dépouillée, à son insu, de son hypothèque légale sur les conquêts et propres du mari, soit présents soit futurs ; et chacun des héritiers serait exposé à se voir évincé d'un immeuble mis dans son lot, soit par la femme soit par un tiers subrogé à l'hypothèque ; d'où recours éventuels en garantie, et incertitude dans l'attribution de propriété qui est faite à chacun des copartagés. Même incertitude, et par suite même nécessité pratique de faire intervenir la femme, si le mari, procédant par acte entre vifs à un simple partage de biens présents, y fait figurer des immeubles. Lors même que ces immeubles sont conquêts, rien ne sert d'alléguer, comme on l'a fait trop souvent, que le mari peut disposer gratuite-

ment des conquêts pour l'établissement des enfants communs (1) : il ne peut point disposer de l'hypothèque légale qui grève ce conquêt et qui est un propre de la femme. Ainsi l'on aboutit à cette conclusion que le mari ne peut faire seul un partage d'ascendant que si ce partage comprend uniquement des meubles. C'est une occasion de plus d'observer que le concours de la femme aux actes du mari n'est organisé dans notre droit que pour les opérations portant sur les immeubles.

Il est difficile de dresser une liste complète de tous les cas où, pour des motifs divers, la femme est conviée à parler à côté de son mari. On ne saurait cependant clore cette énumération sans citer une opération qui devient de plus en plus fréquente : je veux parler des assurances sur la vie et des rentes viagères constituées par les époux *conjointement* au profit du survivant. Ces mesures de prévoyance, que nous examinerons dans la suite plus longuement et à un autre point de vue, peuvent affecter des formes diverses ; mais il n'en est point qui satisfasse aussi pleinement les intérêts des deux conjoints.

Ainsi, il peut arriver que le mari seul, en sa qualité de chef de la communauté, aliène un conquêt, moyen-

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 731, texte et note 4. — Ce qui fait la faveur de ce cas spécial, c'est que, si le partage d'ascendant n'avait pas eu pour but l'établissement des enfants communs, la femme qui n'y a pas pris part et qui accepte ensuite la communauté, pourrait *revendiquer sa part* dans les conquêts qui s'y trouvent compris. Caen, 26 janvier 1888, S. 89.2.171.

nant une rente viagère qu'il stipule réversible tout entière sur sa tête ou sur la tête de sa femme en cas de survie. Cette opération est licite, dans l'interprétation que donne de cette clause la jurisprudence actuelle : les tribunaux décident que le survivant des conjoints, qui prétend garder tout entière cette rente commune, doit récompense de sa valeur à la communauté ; et cette valeur n'est autre que celle du conquêt qui a servi à l'acquérir ; de sorte que le survivant paiera aux héritiers du prédécédé une somme représentant la moitié du conquêt aliéné. Ainsi, à supposer que ce soit le mari qui survive, il ne peut être accusé d'avoir voulu s'avantager aux dépens des héritiers de sa femme. Mais cette opération ne procure pas un gros avantage au survivant. Supposons, au contraire, que les deux époux aient parlé au contrat, qu'ils aient tous deux stipulé la clause de réversibilité, ne doivent-ils pas être considérés comme s'étant fait l'un à l'autre donation de leur part dans la rente pour le cas de survie, ce qui dispenserait le survivant de payer récompense ? (1) La jurisprudence déclare que les donations ne se présument pas, et repousse cette interprétation, qui pourtant concilie merveilleusement les principes avec la volonté manifeste des époux (2). Mais les époux, par leur concours, peuvent tourner cette jurisprudence un

(1) Labbé, notes dans Sirey, 65.2.4, 74.2.310.

(2) Cass., 20 mai 1873, D. 74.1.72 ; Lyon, 6 janvier 1881, D. 83.2.169.



peu formaliste, en déclarant expressément dans le contrat, qu'ils se donnent mutuellement la rente pour le cas de survie.

Le mari peut bien, au moyen d'une assurance sur sa vie, ménager des ressources à sa veuve, en la désignant comme bénéficiaire du capital assuré. On verra plus loin par quel moyen il la dispense de payer récompense à la communauté. Mais il ne lui est pas permis de se constituer à lui-même gratuitement un capital à venir, au moyen de primes prises sur la communauté. Ce résultat ne peut être atteint que si l'on fait intervenir la femme au contrat, et que si les époux contractent *ensemble* une assurance au profit du survivant. Leur situation ressemble beaucoup à celle de deux époux qui stipulent une rente viagère réversible sur la tête du survivant : la jurisprudence, moins sévère ici que dans le premier cas, et un peu contradictoire, il faut bien l'avouer, présume l'intention libérale réciproque, et décide que le survivant, donataire pour moitié du capital commun qu'il recueille, ne doit aucune récompense aux héritiers du prédécédé (1).

Quelle conclusion tirer de ce chapitre et du précédent ? C'est que, dans la plupart des cas où il s'agit de prendre une décision grave, de risquer une valeur importante, de faire des sacrifices pour assurer soit l'ave-

(1) Amiens, 18 mai 1897, D. 98.2.369. La Cour de Rennes, 19 février 1888, S. 89.2.121, a analysé cette opération comme un contrat aléatoire à titre onéreux entre époux.

nir des enfants, soit la vieillesse de celui qui restera veuf, la femme est appelée à délibérer ; il faut qu'elle consente, pour que l'entreprise projetée soit profitable, quelquefois même pour qu'elle soit possible ; et son droit d'intervention, qui n'est écrit nulle part dans la loi, se rencontre à chaque pas dans la vie pratique.

## CHAPITRE VI

### DES ACTES JURIDIQUES DE LA FEMME ET DE LEURS EFFETS SUR LA COMMUNAUTÉ.

Nous abordons un ordre d'idées tout nouveau. On a vu jusqu'ici le mari remplissant les fonctions de gérant qui lui sont dévolues par la loi, avec des pouvoirs plus ou moins étendus suivant la nature et la qualité des biens ; la femme s'engageant à côté de lui dans les affaires les plus importantes, pour lui donner plus de crédit ou lui rendre possibles certaines opérations. Dans les situations qui vont être envisagées à présent, c'est la femme seule qui agit, qui parle, qui entre en rapports avec les tiers. Moyennant quelles conditions ses actes auront-ils effet quant à la communauté ? et quels seront ces effets ?

Tout d'abord, on peut se demander comment il se fait que la femme représente la communauté. N'est-ce pas absolument contraire à ce rôle de commanditaire, que le législateur lui a assigné ? (1) Le mari n'est-il pas le représentant *légal* et *nécessaire* de la communauté ? Comment la femme empiète-t-elle ainsi sur ses fonctions ?

(1) V. *suprà*, p. 150.

Il faut remarquer que la femme ne peut être comparée à un commanditaire que si elle reste dans sa situation normale, c'est-à-dire à l'écart de la gestion. On l'a vue déjà renoncer à cette qualité, accroître son risque en compromettant ses reprises, lorsqu'elle intervient dans les affaires du mari et se joint à lui pour représenter la communauté. Il ne lui est pas interdit non plus de représenter seule la communauté ; dans les actes où elle prétend jouer ce rôle d'associée active, il ne peut plus être question pour elle de restreindre son risque : en obligeant la communauté, elle s'oblige elle-même sur tous ses biens. Enfin ce droit de représentation n'est pas légal pour la femme : sauf de rares exceptions, elle ne le tient que de la volonté de son mari ; celui-ci, investi des pouvoirs d'administration, en vertu de sa puissance maritale, ne se verra jamais supplanté malgré lui par son associée (1).

Or, dans nombre de cas, il y a un intérêt pratique considérable à ce que la femme puisse parler au nom de la communauté. S'agit-il de vendre un propre, la communauté, qui en est usufruitière, est intéressée dans la négociation ; il faut qu'elle y soit représentée. Si la femme veut faire le commerce, elle ne peut offrir à ses créanciers qu'un gage grevé des charges conju-

(1) Les obligations délictuelles de la femme ne sont pas plus à la charge de la communauté que ses obligations contractuelles. L'article 1424 le dit expressément pour les amendes, et certains auteurs pensent qu'il en est de même pour les dommages-intérêts civils. Guillouard, II, 826.

gales ; elle ne saurait conclure un marché de quelque importance sans engager la communauté. Faudra-t-il donc que le mari intervienne au nom de la communauté dans tous les contrats passés par sa femme ? Il trouvera souvent plus commode de l'autoriser à représenter la communauté dans telle affaire, dans tel procès, dans tel négoce.

Un autre cas, où il est fort utile que la femme agisse comme une associée gérante, c'est lorsque le mari, pour un motif quelconque, se trouve dans l'impossibilité de remplir ses fonctions ; et alors il ne peut plus être question d'autorisation maritale, puisque le mari est absent, fou, malade, hors d'état de donner un consentement. Il semble donc que la femme devrait, cette fois en vertu de la loi, prendre sa place à la tête du patrimoine. Il n'en est rien ; les solutions varient selon les hypothèses ; mais la règle générale est que la femme ne peut rien faire sans être autorisée par la justice. Pourquoi cette intervention des juges, là où il n'y a pas de conflit à trancher ? Parce que la femme est une incapable ; parce que, durant le mariage, elle ne saurait, de sa propre autorité, s'obliger personnellement même pour le temps qui suivra le mariage ; parce que, pour disposer de la nue propriété de ses propres, là où la communauté n'est pas intéressée, où la puissance maritale n'a rien à voir, il lui faut une autorisation de son mari ou de la justice, et qu'à plus forte raison elle a besoin de guides expérimentés et intègres, lorsque les circonstances font peser

sur ses épaules débiles le fardeau de la société conjugale. Que son mari, qui est fou, vienne à mourir demain, elle n'aura plus besoin de consulter personne. Mais tant que respirera ce corps sans esprit et sans volonté, elle ne pourra rien décider, que le magistrat n'y consente.

Il importe de bien distinguer l'autorisation maritale, par laquelle un mari capable habilite sa femme à représenter la communauté, et l'autorisation soit du mari soit de la justice, qui est donnée à la femme simplement pour lui permettre de s'obliger personnellement ou de gérer la communauté dans des cas où cette gestion est imposée par les circonstances. La première, destinée à sauvegarder les droits du mari comme chef, à lui conserver intactes les fonctions qu'il tient de la loi, est pleinement justifiée ; l'autre, inspirée uniquement par l'idée fausse de l'*imbecillitas sexus*, est destinée à disparaître de nos lois.

L'autorisation du mari, même en ce qu'elle a de légitime, se trouve entachée par cette idée d'incapacité. Ainsi la puissance maritale n'exige pas que l'autorisation soit spéciale au sens où l'entendent la loi et la jurisprudence. Il n'est pas nécessaire, pour que l'autorité du mari soit respectée, que la femme, dans une négociation qui se poursuit pendant quelque temps, soit autorisée pour chaque signature à donner, que dans un procès à soutenir elle demande la permission de plaider pour chaque degré de juridiction. On concevrait fort



bien que le mari chargeât sa femme de gérer jusqu'au bout telle affaire sans son intervention ; et c'est ce qui a lieu quand la femme entreprend un commerce ; mais cette exception est unique : dans tous les autres cas, la loi exige que la femme soit guidée pas à pas, comme une incapable.

Toute obligation contractée par la femme avec autorisation du mari, oblige le mari et la communauté (art. 1519). On s'est demandé en quelle qualité le mari était obligé. Certains auteurs soutiennent que le mari est obligé personnellement par les engagements de la femme, parce que ces engagements sont présumés contractés en sa faveur (1). Mais quel texte parle donc de cette présomption ? Quelle raison y a-t-il de l'établir, si ce n'est une crainte exagérée que la femme ne soit dupe de son mari ? Quand la femme séparée de biens s'oblige avec assentiment de son mari, celui-ci ne peut être poursuivi ; l'obligation, dont il est tenu dans notre espèce, résulte donc uniquement de sa qualité d'associé dans la communauté. La femme, habilitée par son mari à représenter la société, oblige cette société, et par suite son mari, qui est tenu des engagements sociaux sur tous ses biens. L'intérêt de la controverse est considérable ; si le mari est tenu directement et en son nom personnel des obligations contractées par sa femme, il reste obligé pour le tout même après la dissolution de la commu-

(1) Guillouard, II, 845.

nauté, il ne profite pas du concordat qu'obtient sa femme commerçante, ni de tout autre avantage qui peut lui être concédé. S'il n'est tenu que comme associé représenté, il faut adopter les solutions inverses (1).

Toutes les fois que le mari refuse son autorisation ou se trouve dans l'impossibilité de la donner, la femme doit se faire autoriser par la justice. Mais cette autorisation que l'on appelle *supplétive*, ne remplace qu'à moitié l'autorisation maritale. Elle relève bien la femme de son incapacité personnelle ; elle la met en état de s'obliger sur la nue propriété de ses propres ; elle ne lui donne pas le pouvoir d'engager les biens communs (art. 1426). La puissance maritale serait entamée, si la femme pouvait, avec la permission d'un juge, s'immiscer dans les affaires de la communauté. Il faut convenir pourtant que, dans nombre de cas, il serait urgent que ce pouvoir fût donné à la femme. L'article 1427 n'apporte à la règle que deux exceptions très strictement délimitées : la femme autorisée par la justice peut engager les biens communs, soit pour tirer son mari de prison, soit pour établir des enfants communs quand le mari est absent. Ces exceptions sont-elles suffisantes ? Ne peut-il pas se présenter bien d'autres situations, où il serait utile et juste que la femme pût engager la communauté sans l'autorisation du mari, soit parce qu'il ne peut la donner, soit même parce qu'il la refuse injustement ? Cette

(1) En notre sens, Laurent, XXII, 70 ; Rouen, 27 mai 1854, S. 55.2.17.

dernière proposition semblera peut-être aventurée ; mais que l'on remarque que l'article 1427 lui-même fournit l'exemple d'une femme engageant la communauté grâce à une autorisation de justice qui est donnée contre le gré de son mari : rien n'empêche le mari qui est en prison pour dettes, d'autoriser la femme, à l'effet de contracter au nom de la communauté un emprunt pour payer les dettes présentes ; mais on craint précisément de sa part une obstination inutile, et voilà pourquoi le juge peut autoriser à sa place. La puissance maritale, si respectable, si sacrée qu'elle soit, a ses limites comme tous les droits : lorsqu'elle devient une entrave inutile, on devrait cesser d'en tenir compte ; et, lorsqu'elle tourne en abus, il serait bon de la soumettre au contrôle d'une autorité. On a vu que les effets de l'autorisation de justice quant aux biens communs avaient donné lieu à de sérieuses discussions dans l'ancien droit (1). Malgré le texte de l'article 1426, l'ère des controverses est-elle fermée pour toujours ? Un arrêt de Liège, de 1860, l'a ouverte à nouveau ; il s'agissait d'un mari vagabond ; la femme, ne sachant où le trouver, s'était fait autoriser par la justice pour contracter ; les juges ont décidé que son contrat engageait les biens communs (2). M. Laurent critique cet arrêt (3) ; sa cri-

(1) V. *suprà*, pp. 78-79.

(2) Liège, 22 juin 1860, *Pasicr. belge*, 1860.2.370. Dans le même sens, Amiens, 26 juillet 1877, S. 77.2.265.

(3) Laurent, XXII, 84. Dans le même sens, Guillouard, II, 835 et suiv.

tique est juste, si l'on serre de près le texte de la loi ; mais que l'on consulte la raison et l'équité : elles diront que le texte est d'une rigueur excessive, et qu'il n'est point défendu au juge de l'interpréter avec un esprit libéral. L'article 1427, au lieu de décider que la femme se passera de l'autorisation maritale dans tous les cas où le mari ne peut la donner, ne prévoit que deux cas spéciaux ; le juge ne peut-il pas, raisonnant par analogie, suppléer à ce qui manque dans la loi ? Cette méthode est dangereuse, et l'on ne doit l'employer qu'avec une grande réserve ; mais, tout en restant prudente, la jurisprudence peut bien marcher un peu de l'avant et donner des indications au législateur de l'avenir.

Quand le mari est déclaré absent, la femme autorisée par la justice peut doter un enfant sur les biens de la communauté. N'y a-t-il pas d'autres situations, où la femme devrait avoir le même pouvoir ? Il n'y aurait aucune témérité à le lui reconnaître même avant la déclaration d'absence : la femme, une fois déclarée l'absence de son mari, peut prendre en main la gestion de la communauté ; se mettant à la place de son mari (art. 1424), elle pourra, en vertu de l'article 1422, faire cette dotation en biens communs ; dès lors l'article 1427 n'ajouterait rien à ses droits et n'aurait aucun sens, si on ne l'appliquait même au cas où l'absence n'est pas encore déclarée. Mais supposons le mari simplement *non présent* : on sait qu'il vit, on sait même où il se trouve ; mais toute communication avec lui est inter-

rompue. Ou bien supposons-le condamné à une peine afflictive et infamante, dépouillé du droit de disposer à titre gratuit (loi du 31 mai 1854, art. 3). Ne serait-il pas bon que, dans ces circonstances, la femme pût faire à sa place le nécessaire pour l'établissement de leur enfant ? Déjà l'on a vu des juges prendre sur eux d'autoriser directement la femme, contrairement aux articles 861 et 862 du Code de procédure, dans un cas urgent où elle était réduite à l'extrême misère, et où les communications avec son mari demandaient plusieurs mois. Il s'agissait d'intenter une action contre la belle-mère pour obtenir une pension alimentaire (1).

Après ce que l'on vient de dire, est-il nécessaire d'ajouter que la justice ne peut autoriser la femme à obliger la communauté en faisant le commerce ? Mais c'est même un point très controversé, que celui de savoir si elle peut lui permettre, à défaut ou sur le refus du mari, de *s'obliger elle-même* dans une entreprise commerciale. L'article 4 du Code de commerce ne parle que d'autorisation maritale ; mais d'autre part le Code civil dit que la femme peut recourir à la justice, au cas d'incapacité, d'absence ou de refus du mari (art. 218 et suiv.) (2). Lorsque les époux sont communs en biens, la question présente peu d'intérêt pratique, puisque la

(1) Bordeaux, 17 février 1897, D. 98.2.197.

(2) Pour la négative, Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, I, 185 ; pour l'affirmative, Planiol, *Droit civil*, III, 299. La jurisprudence est divisée.

femme autorisée par le juge ne répondrait des opérations de son négoce que sur la nue propriété de ses propres, ce qui est absolument insuffisant pour fonder son crédit. Aussi M. Thaller pense-t-il que la femme pourrait faire le commerce avec autorisation de justice, lorsqu'elle a des biens soumis à son administration, c'est-à-dire lorsqu'elle est séparée de biens, ou que, mariée sous le régime dotal, elle possède des paraphernaux (1). La question est très délicate à trancher : ce n'est pas seulement une question d'intérêt pécuniaire, qui est en jeu ; le mari peut avoir de sérieuses raisons de convenance et d'honneur pour s'opposer aux velléités mercantiles de sa femme : il peut craindre de voir son nom exposé à la honte d'une faillite. De même, comment un magistrat autoriserait-il une femme, contre le gré de son mari, à contracter un engagement théâtral ? Peut-être faudrait-il distinguer, pour les questions de ce genre, entre l'impossibilité matérielle ou juridique d'autorisation maritale, et le refus d'autorisation ; mais il faut bien avouer que cette distinction n'a aucune base dans les textes.

Les auteurs mêmes qui se prononcent pour la négative dans cette controverse, admettent que, si le mari, après avoir autorisé sa femme à faire le commerce, révoque arbitrairement son autorisation, la femme peut recourir à la justice (2). Ils en donnent pour raison

(1) Thaller, *Droit commercial*, n° 461.

(2) Lyon-Caen et Renault, *eod. loc.*, n° 486 ; Guillouard, I, 411-412.



qu'il est plus facile au juge d'apprécier les aptitudes commerciales de la femme lorsqu'elle a déjà donné ses preuves ; mais restent toujours les considérations d'ordre moral. La véritable raison de cette opinion, c'est qu'il est beaucoup plus préjudiciable à la femme d'être interrompue au milieu d'une entreprise commencée, que de se voir refuser l'autorisation avant d'avoir monté son installation. Quand la femme fait partie d'une société de commerce, il faut considérer aussi l'intérêt des associés, qui sera lésé si la femme est contrainte de se retirer.

Revenons au rôle de la femme comme gérante de la société conjugale ; et considérons les divers cas où elle remplace son mari empêché. Les solutions varient beaucoup selon que l'on envisage telle ou telle hypothèse : la loi manque de logique et d'harmonie dans toute cette matière.

Quand le mari est interdit, la femme peut être nommée sa tutrice ; c'est le conseil de famille qui en décide et qui règle en même temps les pouvoirs de la femme (art. 507). Mais si l'on ne restreint pas sa liberté d'action, elle pourra, au nom de son mari, et en sa qualité de tutrice, faire seule sur l'ensemble du patrimoine, *y compris ses biens personnels*, des actes de libre administration, qui nécessiteraient l'autorisation de la justice, si elle parlait en son propre nom (1). Situation

(1) Bordeaux, 30 janvier 1890, D. 91,2,295.

compliquée, bizarre, qui mène à une véritable contradiction !

Lorsqu'il y a lieu de nommer au mari un conseil judiciaire pour prodigalité ou faiblesse d'esprit, il semble que ce rôle pourrait être confié à la femme. La loi est muette, et la jurisprudence se refuse à raisonner ici par voie d'analogie (1). On invoque le respect de la puissance maritale ; mais on y porte bien atteinte lorsque le mari est interdit. On dit aussi que les fonctions de conseil judiciaire sont plus indépendantes que celles de tuteur. Mais il faut observer que la femme, conseil judiciaire de son mari, ne le remplacerait pas complètement : elle l'assisterait seulement, et l'effet de sa nomination serait de rendre son assistance obligatoire.

Lorsque l'un des époux est déclaré absent, le conjoint présent peut, au lieu de dissoudre immédiatement la communauté, opter pour sa continuation provisoire. La femme, lorsqu'elle opte en ce sens, prend l'administration de tout le patrimoine (art. 124). Comment exerce-t-elle cette administration ? la loi ne s'en explique pas. Tout dépend de la manière d'interpréter le rôle de la femme : si elle agit comme associée, tant en son nom qu'au nom de son mari, l'autorisation de la justice lui est nécessaire pour les divers actes de son administration ; si elle n'est, au contraire, que la représentante de son mari, son cas est assimilable à celui de la femme

(1) Basset, *op. cit.*, p. 318 et suiv.

tutrice. La question ne s'est pas présentée, que je sache, devant les tribunaux ; mais on pourrait la résoudre en observant que l'article 124 *in fine* permet à la femme de renoncer à la communauté, même après qu'elle a opté pour la continuation. C'est donc que, pendant tout le temps de sa gestion, elle n'a rien fait en son propre nom, elle ne s'est jamais engagée personnellement, elle n'a été que la mandataire, la représentante de son mari. Donc elle n'avait besoin d'aucune autorisation. On dit assez souvent que la femme est dans la situation d'un envoyé en possession provisoire. Oui, sans doute, en ce qui concerne les propres du mari ; mais n'a-t-elle pas des droits plus étendus quant aux biens communs ? ne peut-elle pas notamment vendre et hypothéquer les conquêts (Cf. art. 128) ? n'exerce-t-elle pas enfin tous les droits du mari ? La loi donne donc à la femme de l'absent un rôle très important, et, chose curieuse, la laisse libre d'en assumer le fardeau par une simple déclaration de volonté : elle n'a même pas à demander une autorisation générale, ou à faire valoir devant un conseil de famille ses aptitudes à gérer seule des affaires compliquées. Combien sa situation diffère par ce côté de celle qui est faite à la femme de l'interdit ! Cette différence profonde et singulière a déjà été mise en lumière. On s'étonne à juste titre que la femme, à qui on laisse si aisément prendre en main la gestion, puisse ensuite s'en désintéresser en renonçant à la communauté. Tout cela est un peu contradictoire : dans une

législation bien ordonnée, la femme devrait avoir la faculté, chaque fois que son mari, gérant légal de la communauté, vient à faire défaut, de se charger de la gestion, mais avec une entière responsabilité. Mais comment concilier ce système avec l'incapacité de la femme ? Le système du Code, basé sur cette notion d'incapacité, peut se résumer ainsi : pas d'engagement personnel de la femme, à moins qu'elle ne soit autorisée ; lorsqu'elle ne l'est point, elle représente seulement son mari à titre de mandataire.

Le conjoint de l'absent ne peut opter pour la continuation de la communauté qu'à partir de la déclaration d'absence. Pendant les cinq années qui précèdent cette déclaration, comment est gérée la communauté ? La loi ne le dit point : l'article 113 prescrit la nomination d'un notaire pour représenter l'absent dans les inventaires, comptes, partages et liquidations. Mais qui s'occupera de passer les baux, de recevoir les paiements et d'en donner quittance, de renouveler les inscriptions hypothécaires, de faire les acquisitions ou les réparations nécessaires, en un mot de gérer le patrimoine ? La femme semble tout indiquée pour remplir ces fonctions. L'article 112 charge le tribunal de statuer, lorsqu'il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent ; les juges ne pourraient-ils pas tirer de ce texte le droit d'autoriser la femme à faire les actes nécessaires sous sa responsabilité, comme une véritable associée ? La jurisprudence pense généralement que ce serait con-

traire à l'article 1427, qu'elle considère, nous l'avons vu, comme limitatif. Comme il faut cependant que ces actes se fassent, elle donne *mandat* à la femme, comme elle pourrait le donner à toute autre personne, en vertu de l'article 142, de représenter son mari sans s'obliger elle-même envers les tiers. Il est curieux, en vérité, qu'un tribunal qui se reconnaît le pouvoir d'autoriser la femme, d'une part à s'obliger elle-même, d'autre part à obliger la communauté comme mandataire de son mari, ne puisse réunir les deux opérations et autoriser la femme à jouer son rôle d'associée, c'est-à-dire à s'obliger en obligeant les fonds communs.

En somme, dans toutes ces matières, perce plus ou moins le désir, très contraire à la notion de société, d'écarter toute responsabilité personnelle de la femme à l'égard des tiers, en la déclarant simple préposée de son mari. Nous allons trouver cette tendance encore plus nettement accusée dans les questions relatives au rôle de la femme comme ordonnatrice des dépenses et des économies dans le ménage. Mais aussi nous allons voir se dessiner dans la jurisprudence et la doctrine modernes une réaction contre cette théorie trop protectrice. Nous avons cité déjà quelques arrêts dissidents qui ont paru des hardiesses : nous verrons par quels procédés l'on a essayé récemment de rendre la femme indépendante, *mais responsable*, dans ses fonctions de ménagère, comme il convient à une véritable associée.

## CHAPITRE VII

### DES ATTRIBUTIONS DOMESTIQUES DE LA FEMME.

On a beau dire que le mari gère seul le patrimoine, que la femme est simple spectatrice, nos mœurs ne s'accommodent pas de ce système, qui, appliqué à la lettre, ferait de la femme, non plus une compagne pour la vie, mais cet objet de luxe et de plaisir que les orientaux cachent dans leurs sérails. Chez nous, la fonction naturelle de la femme est de s'occuper des soins du ménage, de veiller à ce que rien ne manque au logis, d'employer aux menues dépenses nécessaires, avec cette habileté qui lui est propre, l'argent que gagne son mari ou qu'elle gagne elle-même ; enfin d'économiser, s'il est possible sur les ressources du ménage, de prévoir l'imprévu et d'amasser pour les mauvais jours une petite réserve qui permettra de ne pas entamer le capital. Ces fonctions supposent des actes continuels de disposition, des engagements multiples, de menus placements sans cesse répétés. Faudra-t-il pour chacun de ces actes l'autorisation du mari ou d'un juge ? Vingt fois par jour elle puise dans la caisse commune ou elle achète à crédit. Exiger que le mari entre dans le détail de tous ces actes, ce serait lui imposer un rôle fasti-



dieux et souvent impossible. Le Code a-t-il tranché la difficulté de la manière que nous indiquions comme la plus raisonnable, en supposant une autorisation générale tacite, donnée par le mari au moment du mariage pour tous les actes de ce genre ? (1) Le Code est muet, et l'on interprète son silence comme la consécration de la théorie élaborée par les anciens auteurs : la femme qui engage les domestiques, qui achète les denrées et ustensiles nécessaires, n'est que la préposée du mari ; elle l'oblige, ainsi que la communauté, en vertu d'un mandat tacite, *sans s'obliger elle-même* ; par son entremise le mari s'acquitte de la dette alimentaire que lui impose le mariage ; elle n'est que son porte-parole.

La critique de cette doctrine a déjà été faite (2). A supposer que l'obligation alimentaire soit uniquement à la charge du mari, il ne s'ensuit pas nécessairement que la femme, exonérée de toute *contribution* à cette dette, soit dégagée de toute *obligation* à l'égard des tiers. J'irai plus loin : même dans ses rapports avec son mari, la femme peut se voir tenue d'une dette alimentaire. On a fort insisté, surtout dans ces dernières années, sur les devoirs que l'article 214 impose au mari,

(1) *Suprà*, p. 82. Pour que le système fût parfait, l'autorisation *tacite* devrait être *légale*, puisqu'elle correspond à une fonction nécessaire de la femme ; il s'ensuit qu'elle ne pourrait être retirée arbitrairement. Mais alors quel intérêt y aurait-il à parler d'*autorisation* ? Autant dire que la femme tient de la loi des pouvoirs qui lui sont propres.

(2) *Suprà*, pp. 82 et suiv.

c'est une excellente tendance. Nous ne pouvons que nous incliner devant une jurisprudence qui garantit par l'hypothèque légale la créance alimentaire de la femme contre le mari (1). S'il est un droit que la femme exerce *comme femme mariée*, c'est bien celui-là. Mais est-ce une raison pour nier les devoirs qui, éventuellement, peuvent incomber à la femme ? Comme le fait remarquer M. César-Bru, « l'obligation est réciproque, à la charge de l'un ou de l'autre des époux suivant les cas (2) ». Et lorsqu'il y a des enfants, la femme ne contracte-t-elle point, par le seul fait du mariage, aussi bien que son mari, l'obligation de les nourrir et de les entretenir ? Il faut bien lui fournir les moyens de remplir son engagement. Lorsqu'elle a un mari insolvable, qui osera contracter avec elle ou lui vendre à crédit, si elle n'est que la représentante de son mari, si elle ne peut donner comme gage certain les biens qu'elle possède ou le produit de son travail ? Il a été jugé que la femme actrice était libre de s'obliger sur ses appointements ou d'en disposer, en tant qu'ils étaient nécessaires à l'exercice de son art (3) ; et la mère de famille ne pourra employer son salaire à l'entretien de ses en-

(1) V. les trois arrêts cités *suprà*, p. 213, note 2, et les notes de MM. de Loynes, L. Michel et César-Bru.

(2) De la réciprocité dans l'obligation l'auteur conclut, à tort, me semble-t-il, à la réciprocité dans les garanties ; et c'est pour cette raison qu'il critique la décision de la Cour.

(3) Paris, 27 novembre 1819, Dall., *Jur. gén.*, V<sup>o</sup> *Contr. de mar.*, n<sup>o</sup> 1288.

fants que par délégation de son mari à qui il appartient !

La jurisprudence, tout en conservant la théorie traditionnelle, a bien senti la nécessité d'élargir la liberté de la femme en cette matière, mais aussi de faire peser sur elle une plus lourde responsabilité. Un arrêt déjà ancien s'était engagé dans cette voie, en condamnant la femme à payer des vêtements qu'elle s'était commandés, et en disant que « pour son entretien et celui de la maison, elle avait *l'autorisation tacite* du mari » (1). On a dit que cet arrêt confondait *autorisation maritale* et *mandat* (2) ; la vérité, c'est que les juges, usant de la liberté que leur laissait le silence du Code, ont voulu abandonner la doctrine de l'ancien droit et inaugurer un système plus pratique, mais peut-être trop hardi. La confusion se trouve dans des arrêts plus récents, qui mélangent à plaisir les termes de mandat et d'autorisation. Ainsi la Cour de cassation a décidé que « la femme abandonnée par son mari était suffisamment *autorisée*, en vertu d'un *mandat tacite et nécessaire*, à louer ses services et son industrie pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants » (3). S'il ne s'agissait d'une situation aussi triste, on sourirait de ce mari, qui, abandonnant sa femme, lui *donne mandat*

(1) Paris, 7 novembre 1820, Dall. *eod. loc.*, n° 1606.

(2) Laurent, XXII, 106.

(3) Cass., 6 août 1878, D. 79.1.400. V. la même confusion dans les arrêts de Bordeaux, 12 novembre 1873, S. 74.2.193 ; Lyon, 1<sup>er</sup> août 1867, S. 69.1.219.

*de travailler* pour nourrir les enfants. Peut-on sérieusement parler ici, soit de mandat, soit d'autorisation maritale ? La loi, appliquée à la lettre, conduirait la femme à demander au juge une autorisation pour louer ses services. On passe par dessus la loi, et l'on a raison ; mais plutôt que de recourir à des fictions inexactes et presque ridicules, plutôt que d'entasser dans des considérants des mots qui se contredisent et qui ne correspondent à aucune idée vraie, ne vaudrait-il pas mieux dire que la femme puise dans l'article 203, dans les devoirs mêmes que le mariage lui impose à l'égard de ses enfants, le droit de travailler librement lorsque le mari ne subvient pas aux besoins de la famille ?

L'arrêt de 1820 n'a pas fait jurisprudence ; les tribunaux, fidèles à la théorie du mandat tacite, mais portés d'autre part, par des considérations pratiques à donner à la femme un crédit *personnel* auprès des fournisseurs, jugent, depuis vingt et quelques années, que la femme est obligée sur ses propres, à raison du profit qu'elle a tiré de l'obligation contractée, lorsque le mari est insolvable, ou lorsqu'il refuse de payer en alléguant que l'achat excède les besoins ou les ressources du ménage (1). On dit qu'en pareil cas la femme ne peut plus être considérée comme la mandataire de son mari ;

(1) Lyon, 21 mars 1879, D. 79.2.184 ; Paris, 22 novembre 1889, 7 mars, 26 mars et 18 novembre 1890, D. 91.2.257, réformant des décisions contraires du tribunal de la Seine ; note de M. de Loynes. Ce système vient d'être consacré par la Cour de cassation, rejet 2 janvier 1901, D. 1901.1.16,

qu'elle se trouve dans la même situation que si elle s'était obligée personnellement sans autorisation maritale ; que, par conséquent, si son engagement est nul, elle peut néanmoins être recherchée, par action *de in rem verso*, dans la mesure où ses acquisitions lui ont profité.

Cette argumentation n'est pas sans réplique : dans la théorie qui considère l'obligation alimentaire comme une charge du mari seul (et telle est bien la théorie de la jurisprudence), il est incorrect de parler de *versio in rem* à propos des acquisitions de denrées faites par la femme : de telles acquisitions n'ont rien fait entrer dans son patrimoine, puisqu'elles ont été faites en exécution d'une créance qui existait déjà à son actif. Tout au moins ne faudrait-il parler de *versio in rem* que pour la partie des acquisitions qui excède ce que le ménage, en raison de sa fortune peut normalement dépenser : pour les dépenses conformes à la situation des époux, la femme agit comme mandataire du mari, et celui-ci est seul obligé ; pour les dépenses excessives elle agit en son propre nom sans autorisation, et elle est seule tenue, dans la mesure de son enrichissement. Voilà les distinctions subtiles auxquelles devrait conduire la théorie du mandat tacite combinée avec celle de la *versio in rem*. Mais les juges ne font pas cette distinction : ils décident que, si le mari ne peut payer, la femme est tenue de désintéresser tous les fournisseurs, sans distinction, dans la mesure où elle a profité des acquisitions qu'elle a faites. En jugeant ainsi, ils ont peut-être raison au fond ;

la solution à laquelle ils aboutissent est assez satisfaisante ; mais leur raisonnement est profondément illogique.

Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris, statuant sur un cas où il s'agissait d'une femme anglaise, c'est-à-dire d'une femme capable de s'obliger et disposant de biens séparés, commencent par dire que cette indépendance de la femme anglaise laisse intacte la théorie du mandat tacite en ce qui concerne les dépenses de ménage, puis décident que ces dépenses obligent les deux époux *in solidum* (1). C'est encore la même faute de logique : si l'on admet que la femme, faisant certains achats, n'a été que la mandataire de son mari, elle n'a pu, quelle que soit sa capacité, s'obliger par ces achats en aucune mesure.

Un autre système bien plus juridique a été appliqué par la Cour de Paris à propos d'une femme italienne (2). Le régime de droit commun en Italie est la séparation de biens, ou plus exactement le régime dotal sans dot. On en conclut que la femme, qui administre librement ses biens, répond de toutes ses dettes personnelles, *y compris les dettes de ménage* ; mais comme ces derniers engagements ont profité au mari, sur qui pèse l'obligation alimentaire, il en est tenu, par l'action

(1) Seine, 9 janvier 1897, confirmé par Paris, 17 juin 1899, D.1900.2.103.

(2) Paris, 30 novembre 1899, réformant un jugement du tribunal de la Seine du 6 juillet 1898 qui avait appliqué la théorie traditionnelle du mandat, D. 1900.2.105.



*de in rem verso*, dans la mesure du bénéfice que ces achats à crédit lui ont procuré : les fournisseurs, qui, en remettant des denrées à la femme, ont diminué d'autant la dette alimentaire dont était grevé le patrimoine du mari, ont de ce chef une action directe contre lui ; ce qui ne les empêche pas d'avoir aussi la femme pour débitrice. Voilà un système logique. Peut-on l'appliquer chez nous, tout au moins sous le régime de séparation de biens ? Les auteurs sont divisés sur cette question, et la jurisprudence a quelque peine à reconnaître l'obligation de la femme envers les fournisseurs (1). Il faut bien avouer qu'à la différence de la femme italienne, qui est en principe capable, la femme mariée française, même séparée de biens, est incapable, sauf pour les actes d'administration ; et l'on ne comprend pas comment, sans autorisation d'aucune sorte, elle se pourrait engager personnellement.

Cette fiction de mandat tacite a paru si commode pour concilier les nécessités pratiques avec l'incapacité et la protection de la femme, qu'on en a fait les applications les plus diverses et parfois les plus étranges. On y recourt au cas d'absence présumée du mari (2) ; on en use, et c'est là qu'elle est le mieux à sa place, lorsque la femme aide le mari dans son commerce sans être com-

(1) V. pour l'affirmative Guillouard, III, 1222, Cass., 25 mai 1891, S. 92.1.369. — *Contrà* : Laurent, XXII, 284, et Seine, 3 décembre 1895, *Gaz. Pal.* 95.2.744.

(2) *Suprà*, pp. 242-243.

merçante elle-même (1). Si l'on défend au mari de donner à la femme pendant le mariage procuration générale pour administrer ses propres (art. 1395 et 1428), on suppose, ce qui est contraire à l'intention des parties, qu'au cas de séparation de fait, le mari donne mandat tacite à sa femme de toucher les revenus, et de faire les actes d'administration tant sur ses propres que sur les autres biens (2). Enfin, le législateur lui-même s'est servi de cette théorie du mandat tacite, dans une hypothèse où elle n'est pas moins invraisemblable. L'article 6 de la loi du 9 avril 1881, sur les caisses d'épargne postales, permet aux femmes mariées de verser sans autorisation leurs économies à la caisse d'épargne, et l'article 7, de faire convertir le capital versé, lorsqu'il est suffisant, en un titre nominatif de rente sur l'Etat. La loi du 20 juillet 1886 (art. 13), retouchant celle du 29 juin 1850 sur les caisses de retraite pour la vieillesse, et consacrant une pratique déjà établie, contient une disposition analogue. Enfin l'article 3 de la loi du 1<sup>er</sup> avril 1898, sur les sociétés de secours mutuel, admet la femme à faire partie de ces sociétés sans autorisation maritale. Or, il ressort très nettement des travaux préparatoires de ces lois que la femme est censée faire ses versements dans tous ces cas comme *mandataire* du mari, alors même que le mari, par ses prodigalités, son

(1) Guillouard, II, 875.

(2) Cass., 8 janvier 1890, S. 92.1.380 ; Cass., 21 avril 1898, D. 98.1.506.

ivrognerie, sa mauvaise conduite, démentirait absolument cette supposition (1).

Cette théorie du mandat tacite, qui, dans nombre de ses applications, contredit les faits les plus évidents, ne se suffit même pas à elle-même, et ne parvient pas à trancher toutes les difficultés. On la corrige d'une manière illogique par la *versio in rem* pour sauvegarder les intérêts des tiers. Mais, à nous en tenir aux rapports des époux entre eux, s'il y a véritable mandat tacite, le mari peut révoquer à son gré ce mandat, qui émane de sa seule volonté (art. 2004). Or, le mari a beau révoquer le mandat de sa femme, si sa révocation est arbitraire, et s'il ne prend pas soin de servir à sa femme une pension en argent, les fournisseurs, chez qui elle achète à crédit, peuvent encore exercer contre lui la créance alimentaire de la femme par l'action indirecte (art. 1466), ou le poursuivre par l'action *de in rem verso*, pour l'enrichissement qu'ils lui ont procuré, en fournissant à sa femme les moyens de subsistance qu'il était tenu de lui donner. Il y a plus : lorsque la femme a fait des versements à la caisse d'épargne, le mari ne peut pas à son gré retirer les sommes, dont il est pourtant censé avoir commandé le placement. M. Bozérian, en 1881, avait proposé un amendement, d'après lequel le mari ne pourrait retirer sans le consentement de sa femme les

(1) V. notamment, *Journ. Off.* du 29 mars 1881, *Journ. Off., Documents*, Chambre, 1884, p. 946.

sommes qu'elle aurait déposées (1) ; la proposition fut repoussée, comme contraire à la puissance maritale. En vertu du même principe, on reconnut au mari le droit de s'opposer aux retraits que la femme voudrait faire ; c'était bien conforme à l'idée de mandat tacite. Mais l'administration, ne connaissant que la titulaire du livret, refusait de restituer entre les mains du mari à moins qu'un jugement ne le permît, et les tribunaux faisaient droit à cette exigence (2). La loi du 20 juillet 1895 décida (art. 6, § 3) que le mari, pour exercer seul le retrait, devrait commencer par faire opposition, et que la femme aurait encore un mois pour se pourvoir là contre ; faute de quoi le mari pourrait toucher seul si le régime matrimonial lui en donnait le droit. Ainsi la révocation de ce prétendu mandat tacite est entourée de formalités et soumise au contrôle des tribunaux (3) : car, pour quel motif la femme se pourvoirait-elle contre l'opposition de son mari, sinon pour démontrer que le mari n'a aucun besoin des économies amassées, et que ces économies doivent rester placées comme réserve destinée à garantir l'entretien de la famille ? L'amendement de M. Bozérien répondait à des besoins si réels,

(1) Planiol, *Rev. crit.*, 1882, p. 42 et suiv.

(2) Nous ne pouvons que renvoyer, sur ce point, à l'étude de jurisprudence faite par M. Aftalion, *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée*, pp. 111 et suiv.

(3) Les critiques que M. Bridel formulait en 1894 contre l'article 6 de la loi de 1884 (*Condition légale de la femme mariée*, p. 17) ne sont donc plus de mise aujourd'hui. On ne peut plus dire que les économies de la femme « appartiennent au mari sans conteste ».

qu'après quelques années, le législateur, sur les indications de la pratique, s'est décidé à l'accepter sous une forme nouvelle (1).

Pour expliquer ces inconséquences, on a proposé de considérer la femme, dans ses fonctions de ménagère, comme investie d'un mandat *légal*, qui aurait sa base dans l'obligation alimentaire que l'article 214 impose au mari (2). On justifierait de la sorte l'idée de mandat, même dans les cas où elle est le plus contraire à l'intention des parties. On comprendrait que le mari ne pût supprimer à son gré un droit de représentation émané de la loi, et que la femme, investie de pouvoirs propres, fût dispensée de rendre de ses actes un compte rigoureux. On concevrait enfin pourquoi ce mandat a exactement les mêmes limites que l'obligation alimentaire du mari, pourquoi il commence de plein droit avec le mariage, et cesse lorsque, par l'interruption de la vie commune, le mari est déchargé de ses devoirs de subsistance (3). Cette construction a le grand mérite d'être logique, et de réunir en un tout harmonieux les décisions de la jurisprudence. Mais elle laisse les tiers désarmés en présence de la femme, avec qui ils ont contracté ; et les auteurs mêmes qui la proposent, reconnaissent qu'il vaudrait beaucoup mieux donner à la

(1) V. une étude détaillée de toute cette question dans la thèse de M. Aftalion, pp. 150 et suiv.

(2) Basset, *op. cit.*, pp. 303 et suiv. M. Saleilles à son cours, année 1899-1900.

(3) De Loynes, note citée, D. 94.2.257.

femme un crédit personnel, en lui permettant de s'obliger comme associée par les contrats de légère importance dont elle a coutume de se charger.

M. Aftalion pense que les lois sur l'épargne de la femme mariée, en dépit des assertions de ceux qui les ont préparées, ont complètement écarté la fiction du mandat, qu'elles ont attribué à la femme un rôle propre et indépendant comme agent d'économie dans le ménage ; qu'il n'y a rien d'illogique à diviser les fonctions entre les deux associés ; que la loi, qui confère au mari des pouvoirs de gestion très étendus, peut bien en reconnaître aussi à la femme (1). Nous voudrions le suivre dans cette voie, et, poussant plus loin l'application des mêmes idées, dire que la femme tient de la loi le pouvoir de représenter la société conjugale, c'est-à-dire d'agir tant en son nom qu'au nom de son mari dans toutes les opérations de ménage. Un scrupule nous arrête : la femme mariée est une incapable ; et aucun texte ne lève cette incapacité pour les cas où la femme remplit ses fonctions de maîtresse de maison ; dès lors, on ne voit pas où elle puiserait le droit d'aliéner, de s'obliger, de faire des placements en son propre nom. Dans l'état actuel de la législation, force nous est de reconnaître que la femme non autorisée ne peut agir que comme représentante de son mari, représentante parfois nécessaire et légale, mais qui ne saurait s'engager per-

(1) Aftalion, *op. cit.*, pp. 186-187.



sonnellement. La jurisprudence et les auteurs ont fait tout ce que l'on pouvait faire pour étendre et fortifier en droit l'autonomie de la femme, là où nos mœurs lui reconnaissent une large indépendance ; leur œuvre est incomplète. Le législateur leur est déjà venu en aide sur certains points ; nul doute qu'il ne continue à suivre les indications de la pratique, en adoptant délibérément un nouveau principe, qui sera la capacité de la femme agissant comme une véritable associée et limitée seulement dans sa liberté d'action par le contrôle de la puissance maritale (1).

(1) On ne saurait terminer ce chapitre sur le rôle domestique de la femme sans signaler le palliatif jurisprudentiel que M. Thaller, le 31 mai dernier, dans son intéressante communication au Congrès de la Société d'Economie sociale, indiquait pour obvier aux abus de pouvoir du mari, en attendant une réforme législative. Il s'agirait d'utiliser au profit de la femme la loi du 12 juin 1895 qui déclare les salaires insaisissables et incessibles. Aux termes de cette loi, la femme doit, dit M. Thaller, garder en propre son salaire : il n'entre pas dans la communauté, puisque la loi défend à la femme de l'aliéner. La femme pourra donc, non seulement le toucher, mais aussi, à sa guise, l'économiser ou l'employer aux besoins du ménage (V. *la Réforme sociale* du 1<sup>er</sup> octobre 1901, spécialement pp. 468 et suiv.). — Cette théorie ingénieuse sera-t-elle admise par la jurisprudence ? J'en doute : car elle repose sur l'idée que la communauté est une personne morale, et que l'entrée d'une valeur en communauté équivaut à une mutation de propriété, doctrine que la jurisprudence n'admet pas (V. *suprà*, pp. 143-144). Je ferai observer, en outre, que, si l'on déclare propre le salaire de la femme, on n'aura pas encore supprimé toute difficulté : car sur les propres de la femme, particulièrement sur les propres mobiliers, le mari a des droits fort étendus, qui, s'ils entraînent plus de responsabilité, ne sont guère moins absolus dans leur exercice que sur les biens communs (V. *suprà*, pp. 180 et suiv.).

## CHAPITRE VIII

### DES DISPOSITIONS D'ORDRE PUBLIC DANS LA COMMUNAUTÉ ET DE LEURS CONSÉQUENCES.

Dans l'ancien droit les règles de la communauté étaient fixées avec tant de rigueur, qu'elles ne souffraient guère d'autres rapports pécuniaires entre les époux. La supériorité du mari et la faiblesse de la femme étaient des idées tellement ancrées dans les esprits, on avait d'une part un respect si profond pour la puissance maritale, de l'autre une crainte si exagérée de ses abus, que les seules dérogations admises au fonctionnement normal de la communauté se bornaient à quelques clauses stipulées dans le contrat de mariage, presque toujours pour protéger la femme, sans toutefois limiter les pouvoirs du mari pendant le mariage. Le contrat de mariage, avec les avantages que les époux s'y pouvaient faire, devait suffire à leurs relations pécuniaires pour toute la durée de leur union.

On peut dire d'une façon générale que ces principes sont encore les nôtres. Toutefois ils sont appliqués avec moins de rigueur. On s'est avisé que certaines combinaisons pouvaient avoir leur utilité dans un contrat de mariage ; qu'il serait avantageux aux conjoints, même

pendant le mariage, non pas de transformer leurs conventions matrimoniales, mais d'y annexer pour ainsi dire certaines opérations pécuniaires, qui n'étaient pas d'abord entrées dans leurs prévisions. Et s'il existe encore dans la communauté des principes d'ordre public, ils ne sont pas tellement absolus qu'ils ne laissent place à certains arrangements, soit avant le jour des noces soit après.

Ces principes d'ordre public peuvent se ramener à trois. D'abord, il est défendu au mari de renoncer aux droits qui lui appartiennent en vertu de sa puissance maritale et de son rôle de chef dans la communauté (art. 1388). Il s'ensuit qu'on ne peut déroger, même par contrat de mariage, à certaines règles touchant l'organisation de la communauté. Le mari, institué par la loi gérant de la société conjugale, ne peut, au moins d'une façon absolue, abdiquer ses pouvoirs. *Au moins d'une façon absolue*, disons-nous ; le principe offre donc matière à interprétation.

A une époque où c'était un devoir de conserver les biens dans les familles, les donations entre époux étaient généralement prohibées (1). Ce préjugé est aujourd'hui abandonné : la loi du 17 nivôse an II (art. 13 et 14), et après elle le Code civil (art. 1094) permirent les donations entre époux. Toutefois il subsiste dans le Code civil un souvenir de l'ancienne prohibition : l'article

(1) *Suprà*, p. 117, note 2.

1096 déclare que toute donation faite entre époux pendant le mariage sera révocable. Cette disposition est inspirée par la crainte que l'un des époux n'exerce une pression sur l'autre pour se faire concéder des avantages définitifs : on redoute surtout l'ascendant moral que le mari pourrait prendre sur sa femme, et les condescendances fâcheuses auxquelles celle-ci est exposée par sa faiblesse. Sans souscrire à cette dernière considération on approuvera le Code de prémunir les jeunes époux contre les effets d'une passion souvent aveugle, et de soumettre à l'épreuve du temps des actes qui peuvent être rétractés sans nuire à l'intérêt des tiers ni au crédit des époux. D'autres articles limitent la quotité des biens, sur lesquels les conjoints peuvent se faire des libéralités. Mais l'œuvre du législateur fût restée incomplète, s'il n'avait prévu une fraude destinée à déjouer ses prohibitions : il frappe de nullité toute donation déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. Aussitôt surgit une difficulté : l'article 1099 a-t-il pour conséquence d'interdire en principe les contrats à titre onéreux entre époux, comme pouvant dissimuler des donations excessives ou irrévocables ? Sans aller si loin, on est en droit de se demander, chaque fois que les époux font un arrangement à titre onéreux, si leur convention ne recouvre pas un avantage indirect. Voilà donc un second principe qui donne lieu à une interprétation délicate et à de nombreuses controverses.

Enfin le troisième principe, c'est qu'il est interdit aux

époux de changer la composition de la communauté, de se créer des propres aux dépens des biens communs, parce que ce serait déroger aux conventions matrimoniales (art. 1395). Ce principe ne se confond pas avec le précédent. Il repose sur des motifs d'intérêt général : les tiers qui traitent avec le mari comptent avoir comme gage les biens du mari et toute la communauté ; ils seraient exposés à de cruels mécomptes, si les époux pouvaient prendre dans la communauté des valeurs considérables et les faire entrer dans le patrimoine de la femme qui échappe à leurs poursuites. La loi serait mal faite, si elle permettait une pareille fraude. Elle défend aux conjoints de se créer des propres à volonté, et déclare que, chaque fois qu'ils ont tiré un profit personnel des biens de la communauté, ils en doivent récompense (art. 1437). C'est leur intérêt aussi bien que celui des tiers : car sans cette règle point de crédit. Mais cette règle elle-même n'est pas absolue, il faudra examiner certains cas, où on la fait fléchir parce que l'équité, l'intention certaine des conjoints le commandent, et que l'intérêt du crédit ne s'y oppose pas.

C'est par application et interprétation de ces trois principes, que nous allons examiner si diverses clauses, diverses opérations ou entreprises pécuniaires peuvent se concilier avec le régime de communauté.

En ce qui concerne les droits du mari sur la communauté, on admet sans hésitation qu'ils ne peuvent être modifiés en tant qu'ils portent sur la communauté de

droit commun. On peut seulement stipuler une communauté conventionnelle moins étendue : ainsi la femme peut se réserver l'administration et la jouissance d'une partie de ses biens ; on peut allier de la sorte, dans des proportions diverses, la communauté et la séparation de biens. Mais lorsque, au lieu de diminuer la masse commune, on l'augmente par contrat de mariage, la femme peut-elle restreindre les pouvoirs de son mari sur les biens qu'elle déclare communs ? Nous avons vu déjà que cette question est controversée (1). Nous pensons que la femme, qui accroît d'un côté les droits de son mari peut bien les restreindre de l'autre, et que la disposition prohibitive de l'article 1388 concerne uniquement les droits du mari *dans la communauté légale*.

La Cour de cassation a reconnu la validité d'une clause par laquelle les époux avaient stipulé, en se mariant, que certaines sommes apportées en communauté seraient employées à l'achat d'un immeuble indivis, et que cet immeuble, s'il était aliéné serait immédiatement remplacé par un autre d'une valeur au moins égale (2). M. Labbé a critiqué cet arrêt avec raison : il est permis de rendre le remploi obligatoire pour les propres de la femme, mais non pour les conquêts : les droits du mari comme chef s'y opposent ; cette clause limite ses droits de disposition sur un bien commun et introduit dans la communauté une sorte d'inaliénabilité dotale absolu-

(1) *Suprà*, p. 217.

(2) Cass., 30 novembre 1886, S. 87.1.401, note critique de Labbé,



ment incompatible avec ce régime, qui est essentiellement un régime de liberté.

Le Code lui-même offre bien l'exemple du régime dotal accolé, pour ainsi dire, à la communauté. L'article 1581, recueillant un ancien usage très répandu jadis dans le ressort du parlement de Bordeaux, permet aux conjoints qui se marient sous le régime dotal, d'établir entre eux une société d'acquêts. Mais on a soin de séparer les deux régimes juxtaposés ; et il faut avouer que la distinction n'est pas toujours aisée. Dans cette combinaison il faut distinguer les propres du mari, qu'il gère à sa guise, les biens dotaux sur lesquels il exerce les droits que lui attribuent les articles 1549 et suivants, les paraphernaux qui demeurent soumis à l'administration et à la jouissance de la femme (art. 1576), enfin la société d'acquêts, qui se compose uniquement des économies réalisées par chaque époux sur les revenus qui sont à sa disposition. Dans ce système, aucune dépense n'est faite normalement sur les biens communs, car la communauté n'étant pas usufruitière des propres ne supporte pas les charges correspondantes. Le ménage vit sur les acquisitions faites par ses deux membres chacun de leur côté, et la communauté change de fonction : au lieu d'être cette caisse dans laquelle on verse tout ce que l'on gagne, et de laquelle on tire tout ce qui est nécessaire, au lieu d'être ce fonds de consommation sans cesse épuisé et sans cesse renouvelé, elle devient un fonds d'économie, dans lequel on ne fait entrer

chaque année que le résidu des revenus, mais auquel on ne touche que dans les occasions pressantes : c'est une réserve pour l'avenir, une sorte de cagnotte qu'on espère laisser toujours intacte, accroître même peu à peu, et qui, en attendant le jour du partage, reste confiée aux mains du mari. Mais comment fixer ce que chacun y doit verser ? Sous ce régime dotal qui sépare soigneusement les intérêts des conjoints, exigera-t-on une équivalence parfaite entre les valeurs qu'ils apportent chacun dans la masse commune ? Suivra-t-on au contraire l'esprit large de la communauté qui présume l'égalité des apports faits par les deux associés ? C'est dans ce dernier sens que l'on se décide, puisque les économies réalisées en fait sur les revenus tombent toutes dans la société et que néanmoins le partage s'en fait par moitié. Mais la femme pourrait sans doute se réserver le droit de garder tout ou partie de ses économies pour accroître ses paraphernaux ; sa mise en communauté se réduirait alors aux économies que fait son mari sur les revenus de ses biens dotaux. On se demande même si cela ne résulte pas de la clause qui attribue à la femme la libre disposition de tous ses biens non dotaux (1).

(1) V. sur l'interprétation de cette clause deux arrêts contradictoires rendus sur la même affaire, l'un par la Chambre des requêtes le 17 novembre 1890, S. 91.1.275, l'autre par la Chambre civile le 9 février 1897, S. 97.1.165. Le premier arrêt déclara que les biens en question étaient des paraphernaux, et condamna le légataire universel de la femme à payer les droits de mutation en conséquence. Puis, lorsque le légataire voulut se faire adjuger la totalité de ces

Ainsi l'on arrive à faire marcher côte à côte le régime dotal et la communauté. Mais quelle communauté ! une communauté réduite, non pas aux acquêts, mais aux strictes économies, une communauté dont la destination est changée, et qui, loin de régler les intérêts pécuniaires des époux, n'est qu'un accessoire dans le ménage, une communauté où chacun ne verse que ce qu'il veut, et qui, malgré tout, se ressent un peu du régime dotal : car les conquêts y sont frappés d'hypothèque légale *inaliénable* ; il s'ensuit que le mari, en fait, n'en dispose pas librement, et que l'obstacle qui l'arrête ne peut être levé, comme dans la communauté ordinaire, par le concours de la femme.

La société conjugale peut-elle se combiner avec une société ordinaire ? Est-il permis aux conjoints d'établir entre eux une société civile ou commerciale de droit commun, ou d'entrer, chacun pour leur part, dans une société plus étendue ? Cette question engage nos trois principes. On peut dire d'abord que la société de droit commun, impliquant égalité parfaite entre associés confèrerait à la femme des pouvoirs incompatibles avec la puissance maritale ; c'est le principal argument de la jurisprudence, qui depuis longtemps s'est prononcée nettement contre la société de droit commun entre

biens, la Cour d'appel déclara qu'ils étaient acquêts et devaient être partagés. La Chambre civile considéra ce point comme une question de fait et refusa de casser l'arrêt. Singulière façon de rendre la justice !

époux (1). D'autre part les clauses de société se prêtent fort bien à déguiser des libéralités, en attribuant à l'un des conjoints une part exagérée dans les bénéfices, soit sous prétexte de services rendus et d'apports en industrie, soit par une évaluation excessive des apports en nature. Enfin l'affectation de certains biens à cette entreprise a pour conséquence de rompre l'équilibre de la communauté et de modifier profondément les conventions matrimoniales. Que les époux y fassent entrer des propres, les revenus de ces biens sont soustraits à la communauté ; qu'ils y placent des valeurs communes, voilà un capital enlevé à la communauté, au grand détriment de ses créanciers, qui, si l'on suppose la nouvelle société douée de personnalité morale, se verront primés sur ce capital par les créanciers de cette société.

Si ce dernier argument avait quelque valeur, il prouverait que le mari même agissant seul, ne peut jamais faire partie d'une société commerciale. En réalité on ne bouleverse pas la communauté, on modifie seulement ses placements. Ce que la communauté perd sur le revenu des propres, elle le retrouve avec usure dans les dividendes de la société, et si les créanciers communs peuvent craindre que leur gage ne vienne à disparaître, ils ont aussi l'espérance de le voir doubler et tripler ; il en est de même pour les créanciers de tout commerçant qui a ses fonds engagés dans une société.

(1) Cass., 9 août 1854, S. 52.1.281 ; Paris, 10 décembre 1896, D. 97.2.125 ; Nîmes, 24 avril 1900, D. 1901.2.4.

L'argument tiré de la puissance maritale est plus sérieux. Comment concilier avec cette puissance une société où la femme aurait les mêmes droits que l'homme, où elle pourrait s'opposer à ses décisions, où elle se trouverait même, le cas échéant, investie du titre de gérante, avoir le pas sur son mari ? Remarquons d'abord que, même dans la société conjugale, la femme peut sur plus d'un point contrebalancer les pouvoirs de son mari ; que l'on se reporte aux chapitres précédents, on verra que les droits du mari comme chef ne sont pas absolus dans le Code. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que la femme n'exercerait jamais ses droits qu'en vertu de l'autorisation maritale. On voit le mari autoriser sa femme à faire le commerce, à entrer en société avec des tiers, et il ne pourrait pas l'autoriser à entrer dans une société dont il ferait partie (1) ! On nous demandera quel est l'avenir d'une société dont l'existence repose sur une autorisation essentiellement révocable : au premier conflit qui surgira entre les associés, d'un mot le mari pourra la dissoudre en rendant sa femme incapable d'y figurer (art. 1865). Nous répondons que le retrait d'autorisation en pareil cas serait arbitraire, et que les tribunaux, qui se sont déjà reconnu le droit de maintenir la femme à la tête de son commerce contre le gré du mari (2), peuvent bien s'attribuer ici le même pouvoir de contrôle. Qu'importe,

(1) Nîmes précité.

(2) *Suprà*, pp. 238-239.

enfin, que la femme ait les droits d'une associée ordinaire dans cette entreprise greffée sur la communauté ? la société conjugale ne laisserait pas de subsister sur l'ensemble du patrimoine, et le mari retrouverait tous ses droits, quand il s'agirait d'employer dans l'intérêt du ménage les bénéfices retirés de cette entreprise particulière. Au surplus, il ne s'agit là que d'une combinaison exceptionnelle, mais qui, dans certaines circonstances, peut présenter de précieux avantages (1).

Reste la crainte que les époux ne recourent à cet artifice pour se faire des libéralités déguisées ou excessives. La crainte est chimérique : peu d'époux se soucieront de monter une société pour le maigre avantage de tourner la loi. Supposons qu'ils le fassent : si la fraude est découverte, la libéralité sera nulle. Est-il besoin d'une autre sanction ? Un seul contrat à titre onéreux est en principe défendu entre époux : c'est la vente (art. 1595) ; elle offre un procédé trop commode pour dissimuler les avantages pécuniaires. Mais l'article 1595, comme tous ceux qui restreignent la faculté de contracter, doit être interprété restrictivement. Ainsi tout autre contrat à titre onéreux entre conjoints est valable ; on peut seulement rechercher s'il y a une donation cachée, et en

(1) Supposons un commerçant et une commerçante qui se sont associés. Ils se marient ensuite ; sont-ils contraints de liquider ? Nous ne saurions approuver la Cour d'appel qui a répondu par l'affirmative. Nîmes, 18 décembre 1886, D. 86.1.117. En notre sens : Laurent, XXI, 76 ; Thaller, *Droit comm.*, pp. 346-349.



pareil cas modifier les résultats du contrat de telle sorte que la libéralité disparaisse.

Certaines opérations pécuniaires, très usuelles dans les ménages ont un caractère indécis ; on se demande si elles sont à titre onéreux ou à titre gratuit ; ce sont les constitutions de rente viagère ou d'assurance sur la vie au profit du survivant. Ces contrats, devenus aujourd'hui d'un usage courant, n'ont pas encore de théorie bien assise ; ils soulèvent des controverses qui intéressent nos principes d'ordre public, qui mettent même en jeu la nature du droit de la femme pendant la communauté, et qui par là se rattachent essentiellement à notre sujet.

Un mari aliène un conquêt moyennant une rente viagère et stipule que, s'il meurt le premier, on continuera à en servir les arrérages à sa femme jusqu'à la fin de ses jours. Son intention bien évidente est que cette rente ne soit point comprise dans le partage de la communauté et qu'elle profite seulement à lui-même ou à sa veuve. Les époux n'ont que des héritiers éloignés, dont ils se soucient peu ; ils diminueront leur héritage, afin de s'assurer pour leurs vieux jours une vie plus confortable. Mais ce projet est-il réalisable ? Cette rente achetée sur des deniers communs n'est-elle pas un acquêt ? ne doit-elle pas être partagée entre le survivant et les héritiers du prédécédé ? et la volonté la plus expresse du mari ne se heurte-t-elle pas à ce principe qu'il est défendu de se créer des propres aux dépens de la com-

munauté ? Ainsi raisonnait autrefois la jurisprudence ; et M. Laurent, au nom des principes, défend encore cette doctrine, qui foule aux pieds l'intention des parties (1). D'après la majorité des auteurs, suivie aujourd'hui par la jurisprudence, le survivant touche seul les arrérages ; mais il doit récompense à la communauté pour le conquêt aliéné, de sorte que les héritiers du prédécédé prendront, outre leur part dans la communauté, une somme représentant en valeur la moitié de ce bien (2). Ce système, qui détruit tout l'avantage que le survivant peut retirer de la rente, n'est pas plus satisfaisant que le précédent, et il est moins conforme à la loi : car l'article 1437 dit que les époux peuvent employer, à charge de récompense, les deniers communs, pour *conserver, recouvrer, améliorer* des propres, non pour en *acquérir*. Troplong s'est efforcé d'échapper à la rigueur des principes, en disant que sans doute la rente formait un conquêt, mais qu'elle restait en dehors du partage, parce qu'elle avait fait l'objet d'un contrat aléatoire entre les époux (3). Cette explication est très médiocre : il s'agit précisément de savoir si les époux peuvent par convention modifier la masse partageable. M. Labbé, s'attachant de plus près à l'intention des conjoints, est arrivé

(1) Laurent, XXI, 219.

(2) Paris, 19 février 1864, S. 65.2.4 ; Cass., 20 mai 1873, S. 73.1.339 ; Cass., 22 octobre 1888, S. 89.1.15. Guillouard, I, 377 ; Aubry et Rau, qui avaient adopté ce système dans leur 3<sup>e</sup> édition, sont revenus au premier système dans leur 4<sup>e</sup> édition, t. V, § 507, note 9.

(3) Troplong, II, 1200.

à une analyse à la fois équitable et correcte (1). La rente acquise sur les deniers communs est un acquêt. Mais le mari a l'intention que sa veuve en bénéficie sans avoir rien à déboursier ; il veut donc lui faire donation de sa part dans cette rente pour le cas où il mourrait le premier ; et cette donation, qui ne devient définitive que le jour où le mariage se dissout est parfaitement licite. Il veut peut-être aussi se réserver à lui-même l'avantage exclusif de cette rente, dans le cas où il survivrait ; mais ici sa volonté est impuissante : s'il peut faire une donation à sa femme, il ne peut s'avantager lui-même aux dépens de la communauté. Il faut donc que la femme prenne part à l'acte, comme donatrice éventuelle de sa part dans la rente (2). Il y aura alors donation réciproque entre les époux. Et, bien que ces deux donations soient contenues dans un seul et même acte, elles sont valables comme accessoires d'un contrat à titre onéreux (art. 1097 et 1973). Ce système est le seul raisonnable : les conséquences que l'on en tire, en ce qui touche la révocabilité du bénéfice, sa réduction en cas d'excès, son rapport à la succession du prédécédé, satisfont également la raison et les principes. On se demande pourquoi la jurisprudence jusqu'à ce jour l'a si mal accueilli.

Au lieu d'aliéner un conquêt pour constituer une

(1) Labbé, Notes dans Sirey citées p. 226 ; Adde : *Journal du Palais*, 1865, p. 85.

(2) V. *Suprà*, p. 226.

rente à sa veuve, le mari paie chaque année des sommes modiques sur les deniers communs, en vue de lui assurer un capital pour le jour où il mourra. En pareil cas, les tribunaux n'ont jamais songé à ordonner le partage du capital assuré, entre la femme et les héritiers du mari. Par application de la théorie sur la stipulation pour autrui, ils admettent que la femme, en faveur de qui le mari a stipulé l'assurance, devient directement créancière de la compagnie, et que, durant la communauté, la créance du capital assuré, restant sans créancier déterminé, n'est jamais tombée dans la communauté (1). Mais la femme doit-elle récompense des primes payées sur les deniers communs ? Un arrêt porte qu'elle en devra récompense, « si les primes, eu égard à la situation de fortune des époux, ne peuvent être considérées comme ayant été prélevées sur les revenus » (2). Ecartons immédiatement cette distinction, qui ne sert qu'à embarrasser la discussion, et qui n'a aucune base dans les textes : s'il y a lieu à récompense, peu importe que les primes aient été prises sur le capital ou sur le revenu, l'article 1437 ne distingue pas.

Tout revient à savoir en quelle qualité et avec quelle intention agissait le mari en contractant l'assurance. S'il s'est présenté comme gérant de la part que la femme avait en communauté, s'il se proposait simplement

(1) Douai, 16 janvier 1897, D. 97.2.425 ; Cass., 15 décembre 1873, D. 74.4.113.

(2) Amiens, 18 mai 1897, D. 98.2.369.

d'employer d'avance cette part d'une manière qui procurerait à la femme des ressources assez considérables pour son veuvage, nul doute que la femme ne doive récompense des primes versées. Si, au contraire, il agissait en son seul nom, s'il voulait, sur sa part de biens communs faire un avantage à sa femme, il en avait le droit, car le bénéfice conféré à un tiers par la stipulation pour autrui est essentiellement révocable tant que le bénéficiaire n'a pas accepté ; et en pareil cas ce sont les héritiers du mari qui doivent récompense, pour ces primes qui ont été prises en son nom dans la caisse commune, autrement, il se trouverait faire cadeau à sa femme de ce qui lui appartenait déjà. Enfin il peut se faire, et c'est l'hypothèse la plus vraisemblable, que le mari ait contracté cette assurance comme chef de communauté, tant en son nom qu'au nom de sa femme ; il s'ensuit que le mari prédécédé est donateur des primes pour moitié, et que la femme recueille le capital assuré sans que personne ait de récompense à payer. Voilà ce que l'on doit présumer, à moins d'indication contraire. Ce système a pour autres conséquences, que, pendant le mariage, le mari est libre de désigner un bénéficiaire autre que sa femme (1), que celle-ci doit rapporter à la succession de son mari la moitié des primes payées, et

(1) A supposer, bien entendu, qu'il n'ait pas fait accepter par sa femme le bénéfice de la stipulation : cette acceptation entraînerait la nullité de la donation. L'opération serait alors censée faite tout entière au nom de la femme, qui l'a acceptée, et celle-ci devrait récompense des primes.

que, si cette somme excède la quotité disponible, on en doit opérer la réduction (1).

Ce système n'est pas appliqué d'une façon unanime. Certaines cours distinguent, nous l'avons dit, suivant que les primes sont payées sur le revenu ou sur le capital des biens communs; par application de cette idée, il a été jugé que, dans le premier cas, la femme n'était tenue de rien rapporter à la succession de son mari, qu'elle ne verrait jamais réduire son bénéfice, et que pourtant il y avait donation révocable tant que durait la communauté (2). En vertu de quel principe les donations faites sur les revenus sont-elles dispensées du rapport et ne figurent-elles pas pour le calcul de la réserve? On a quelque peine à le comprendre.

La Cour de Besançon, au contraire, s'inspirant d'un arrêt déjà ancien de la Cour d'Amiens, et reproduisant une doctrine que l'on pouvait croire abandonnée, décide que le capital assuré est pour le tout une libéralité du

(1) En notre sens : Paris, 30 avril 1894, D. 92.2.153 ; Reims, 21 février 1894, *Journ. des assur.*, 1894, p. 446 ; Douai, 16 janvier 1897, D. 97.2.425 ; Seine, 2 avril 1898, D. 98.2.371. Toutefois nous nous séparons de l'arrêt de Douai, en tant qu'il calcule le rapport, non sur les primes payées, mais sur le capital assuré. La Cour de cassation, qui prenait jadis cette base d'évaluation (Cass., 8 février 1888, D. 88.1.193), juge aujourd'hui que la donation ne porte que sur les primes versées (Cass., 29 juin 1896, D. 97.1.73). Raisonnons dans notre hypothèse : puisque la femme devient directement créancière de la Compagnie, il est inexact de dire que le mari a donné la moitié d'un capital qui n'a jamais figuré, même pour partie, dans son patrimoine : il n'a donné que sa part des primes.

(2) Amiens précité ; Amiens, 4 août 1898, S. 1901.2.12 ; Paris, 23 juin 1898, S. 1900.2.1.



mari, et que la femme en doit le rapport intégral à sa succession. Elle se fonde sur cette considération que le mari, ayant seul la disposition des deniers communs pendant le mariage, n'a pu en disposer qu'en son nom, et que la femme, étrangère à la communauté tant qu'elle dure, ne saurait prétendre avoir contribué à la formation du capital qu'elle recueille (1). M. Dupuich, en note de ces arrêts, s'élève contre un raisonnement qui ressuscite, dit-il, l'adage de Dumoulin, qui le défigure plutôt, nous semble-t-il, à la manière de Toullier lorsqu'il soutenait que la société conjugale commençait lors de la dissolution de la communauté. Il suffit de se souvenir que, sous le Code, la femme est dès le temps du mariage copropriétaire des biens communs, pour faire tomber toute cette argumentation. Les auteurs de ces arrêts ont-ils songé qu'ils obligeaient par voie de conséquence les héritiers du mari à récompenser la communauté pour les primes payées? Ils ne s'en expliquent point; et comme rien n'indique, dans l'exposé des espèces, que cette récompense ait été payée, il est probable que ces décisions, fausses au point de vue doctrinal, n'ont même pas le mérite d'être logiques.

Le mari qui a contracté une assurance sur sa vie au profit de sa femme, en garde le bénéfice à venir pour ses héritiers à lui, lorsque sa femme meurt la première. Mais, dans la liquidation de la communauté, il ne peut

(1) Amiens, 25 février 1880, Cass., 9 mai 1884, D. 82.1.97; Besançon, 27 novembre 1897, D. 98.2.385.

se dispenser de payer récompense des primes qui se trouvent avoir été déboursées à son profit personnel ; sinon, il se serait avantagé lui-même sur les biens communs au détriment des héritiers de sa femme. Comme au cas de rente viagère, on évite ce résultat en faisant intervenir la femme au contrat d'assurance. Il faut bien remarquer que la femme y intervient alors, non pas pour accepter le bénéfice de l'assurance (1), mais pour constituer éventuellement ce bénéfice à son mari et le dispenser de récompense pour le cas où il survivrait. On a voulu analyser cette opération comme un contrat aléatoire à titre onéreux ; M. Labbé l'analyse plus justement en deux donations réciproques et révocables, ayant cette fois pour objet la moitié des primes payées. Et sa doctrine, on ne sait trop pourquoi, a trouvé auprès des tribunaux meilleur accueil en matière d'assurances sur la vie qu'en matière de rentes viagères (2).

Nous ne nous flattons pas d'avoir épuisé tous les cas où il s'agit de concilier les principes d'ordre public qui régissent la société conjugale, avec certains arrangements pécuniaires qui répondent à des besoins pratiques. Nous avons seulement passé en revue ceux qui nous ont paru les plus usuels ou les plus délicats. Et la conclusion à tirer de ce chapitre est que la communauté

(1) V. p. 273, note 1.

(2) V. *suprà*, p. 227. Notes de M. Labbé sous des arrêts de Cassation, S. 77.1.393 et 81.1.145. Pour des détails, et des références plus étendues, V. les notes de M. Dupuich sous la plupart des arrêts cités.

entre époux tend à perdre de plus en plus son ancienne rigidité, que la jurisprudence a déjà fait beaucoup pour la plier aux nécessités de la vie, et qu'elle peut faire plus encore. Et ce disant, l'on répond peut-être d'avance à ceux qui représentent ce régime comme archaïque et incapable de s'assouplir selon les besoins de la vie moderne.

## CHAPITRE IX

### DISSOLUTION ET LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ.

Cette matière demande peu de développement : elle se trouve presque entièrement traitée par les explications qui ont été données sur l'ancien droit (1). Toutes les prérogatives, qui ont été créées jadis en faveur de la femme dans la liquidation de la société, ont passé dans le Code presque sans modification ; et, si le législateur n'a rien ajouté sur ce point à l'œuvre des anciens jurisconsultes, il n'a presque rien retranché : les principes sont restés les mêmes. Comme à l'époque des coutumes, la femme a seule le droit de demander la séparation de biens quand sa dot est en péril, seule elle a le choix d'accepter la communauté ou d'y renoncer, seule elle limite ses obligations de femme commune en biens au montant de ce qu'elle recueille dans la communauté ; comme au temps de Renusson et de Pothier, elle exerce la première ses récompenses sur les biens communs, et, si ces biens ne suffisent pas, elle peut s'attaquer aux propres du mari ; enfin tous ses droits sont garantis par une hypothèque générale sur les biens

(1) *Suprà*, pp. 88 et suiv., 114 et suiv.

du mari et sur les conquêts. Si nous passons aux garanties conventionnelles, nous retrouvons dans le Code la clause de préciput, la reprise d'apport franc et quitte, le forfait de communauté.

A première vue l'on se demande si le Code, après avoir aboli les pouvoirs du mari comme seigneur et maître, n'a point manqué de logique en conservant à la femme des privilèges destinés à contrebalancer ces pouvoirs, ou plutôt si le maintien de ces mesures protectrices ne démontre pas, de la façon la plus péremptoire, que le mari est encore, au moins en principe, maître absolu et propriétaire unique des biens communs. Nous croyons que, même dans le système du Code, ces dispositions se justifient en logique ; mais elles n'ont point la même portée d'application pratique que dans l'ancien droit. Faisons attention que, si la femme est aujourd'hui copropriétaire des biens communs, elle exerce normalement ses droits par l'intermédiaire du mari, qui, tant que la communauté dure, la représente dans ses intérêts communs avec de très larges pouvoirs ; qu'étant frappée d'incapacité, elle se trouve, même de nos jours, avoir une situation dépendante dans le ménage, et que, malgré les améliorations apportées à sa condition, elle reste exposée encore à bien des abus. Voilà pourquoi il demeure juste et logique que la loi la protège dans la reddition des comptes. Si les exemples, que nous allons passer en revue, viennent à l'appui de ce raisonnement, ils nous confirme-

ront dans l'interprétation que nous avons donnée jusqu'ici de la communauté moderne, et ce chapitre sera pour ainsi dire la clef de voûte de la construction élevée dans les précédents. Aussi bien, verrons-nous que les prérogatives de la femme, basées uniquement sur cette considération qu'elle n'exerce point ses droits pendant le mariage, n'ont pas exactement les mêmes conséquences que dans l'ancien droit.

Le droit, spécial à la femme, de demander la dissolution de la société conjugale est certainement une faveur. Cette faveur contredit-elle ses droits actuels d'associée et de copropriétaire ? Le motif pour lequel elle peut demander la séparation de biens est le désordre des affaires du mari, ayant pour conséquence de mettre en péril la *dot*, c'est-à-dire des valeurs tombées dans la communauté à charge de récompense, des sommes sur lesquelles le mari exerce les mêmes pouvoirs que sur les biens communs, mais qui en réalité représentent des propres et sont de véritables propres imparfaits. La garantie des propres, telle est donc *stricto sensu*, dans le Code comme dans l'ancien droit, la raison d'être de la séparation de biens. La jurisprudence interprète plus largement l'article 1443 et accorde la séparation de biens lorsque *les revenus* des propres de la femme ou l'argent qu'elle gagne par son industrie, sont gaspillés par le mari, au lieu d'être employés à l'entretien de la famille (1), ou encore lorsque la femme, à la veille de re-

(1) Toulouse, 10 mai 1884, S. 84.2.184 ; Cass., 7 février 1894, S. 94.1.269 ; Paris, 2 juillet 1878, S. 78.2.199.



cueillir une succession mobilière veut l'empêcher de tomber en communauté et de devenir la proie des créanciers du mari (1).

Il faut distinguer par l'analyse ces deux ordres d'hypothèses, quoique la jurisprudence semble les confondre. Dans le premier cas, seul issu de l'ancien droit et seul prévu par le Code, la demande est fondée sur la crainte que les biens personnels de la femme ne soient compromis : et cette crainte est justifiée, quand ces biens se trouvent pour ainsi dire prêtés à une communauté qui périlite. Dans les autres cas, au contraire les propres de la femme ne sont nullement en jeu ; c'est bien comme associée que la femme demande la dissolution, comme associée mécontente du gérant, comme associée inquiète des suites de la société et ne se souciant pas d'y faire de nouveaux apports. Cette jurisprudence reconnaît donc implicitement le droit actuel de la femme dans la société. Reste à savoir pourquoi le mari n'a pas aussi comme associé le droit de demander la dissolution. C'est parce que, dans le système du Code, l'exercice de tous les droits est entre ses mains, parce que, la femme ne représentant presque jamais la communauté qu'en vertu de son autorisation ou de sa procuration, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même si les affaires vont mal, parce que, enfin, il n'a pas le droit d'abdiquer la fonction légale dont il est investi. Ainsi ce qui est une anomalie,

(1) Trib. de Genève, 5 mars 1889, S. 90.4.8,

ce n'est pas le droit reconnu à la femme de provoquer la séparation de biens, c'est la défense faite au mari de la demander ; et cette dérogation au droit commun est une conséquence de la puissance maritale, telle que le Code la conçoit. On pourrait, je crois, sans abolir cette puissance, attribuer à la femme certaines fonctions légales, et alors il serait logique que le mari pût demander la séparation de biens quand la femme abuse-rait de ses pouvoirs. Mais le Code n'est pas entré dans cette voie.

Le droit de renoncer à la communauté et le bénéfice d'émolument ont tous deux pour effet, quand la communauté est mauvaise, de limiter la perte de la femme au montant de ce qu'elle a mis en communauté ; ils sont l'un et l'autre soumis à la condition qu'un inventaire ait été fait dans le délai de trois mois et quarante jours après la dissolution (1). Ils semblent donc faire double emploi, et, s'ils existent simultanément dans notre droit, cela s'explique surtout par leurs origines historiques (2). On peut dire que l'acceptation avec bénéfice d'émolument est plus conforme à l'idée de société, puisque la femme conserve ses droits sur le reliquat, s'il y en a un, et reste exposée aux poursuites comme associée dans la mesure de ce qu'elle recueille ; mais comme, en pratique, la femme ne renonce à la communauté que

(1) Article 1456, appliqué, sans hésitation, par analogie, au bénéfice d'inventaire. Nancy, 4 août 1873, D. 77.2.184.

(2) *Suprà*, pp. 91 et suiv.

si le passif excède certainement l'actif, le résultat pécuniaire est le même : la renonciation en pareil cas n'est qu'un moyen pour la femme de régler plus vite sa situation ; quand bien même elle accepterait, elle ne perdrait jamais, grâce à son bénéfice d'émolument, que son apport social, sa mise en communauté.

Il ne faut pas trop s'étonner de cette double faveur : le Code, qui traite la femme en commanditaire, lorsqu'il l'écarte de la gestion, continue à la traiter de même en lui permettant de limiter ses pertes. Mais on a vu combien de fois la femme sort de son rôle, pour exercer elle-même, avec l'autorisation de son mari, ses fonctions et ses droits d'associée ; dans tous ces cas elle s'oblige personnellement et sur tous ses biens ; quant aux actes qu'elle fait, elle perd le droit de renoncer et le bénéfice d'émolument, elle cesse d'être commanditaire pour devenir associée en nom collectif. Si l'on considère quelle importance a pris dans la pratique le rôle de la femme autorisée, s'obligeant seule ou à côté de son mari, on se rendra compte que, dans de nombreuses liquidations de communauté, cette double prérogative de la femme ne présente aucune importance. Si on attribuait un jour à la femme certains pouvoirs spéciaux dans la gestion, il devrait s'ensuivre que, pour toute une catégorie de créances, la femme serait de plein droit obligée sur tous ses biens comme une associée ordinaire, et cela diminuerait encore le champ d'application de nos deux bénéfices.

Examinons à présent les avantages de la femme à l'égard de son mari dans la liquidation. Nous retrouvons les mêmes institutions que dans l'ancien droit, établies pour protéger les biens personnels de la femme, mais amoindries dans leur efficacité par suite des actes que la femme a pu faire en qualité d'associée pendant la communauté. Les reprises de la femme sont, comme jadis, garanties par une hypothèque générale et privilégiée sur les biens du mari et sur les conquêts. Mais le Code, s'inspirant de l'intérêt général du crédit, et s'écartant de la jurisprudence des anciens parlements, refuse de privilégier cette hypothèque quand elle garantit une créance née d'un acte volontaire de la femme (1). Et une pratique courante permet à la femme de se dépouiller de cette garantie dans l'intérêt de son mari. De même que les bénéfices d'émolument et de renonciation, le droit hypothécaire de la femme se trouve souvent réduit en fait, parfois supprimé, par les nombreuses subrogations que la femme a consenties pendant le mariage. Enfin la jurisprudence s'est gardée de certains emplois abusifs qui avaient été faits de cette hypothèque : elle décide que la créance qui naît au profit de la femme contre la succession de son mari, lorsque, après la communauté dissoute, elle paie de ses deniers une dette à laquelle elle n'était pas obligée, n'est pas garantie par l'hypothèque légale (2) ; elle

(1) *Suprà*, p. 240.

(2) Douai, 30 avril 1897, D. 98.2.12. Cf. *suprà*, p. 126.

juge que l'hypothèque en garantie d'avantages exceptionnels, tels que la reprise d'apport franc et quitte, n'est opposable aux tiers que si le contrat de mariage le déclare expressément (1).

Les droits spéciaux que les articles 1471 et 1472 accordent à la femme pour l'exercice de ses reprises, se concilient avec la notion de société. Comme dans l'ancien droit, le partage des fonds communs est précédé d'une reddition de compte faite par le mari à sa femme pour l'administration de ses biens. S'il a placé une partie de ce patrimoine dans la société qu'il administrait, il doit commencer par la restituer ; et si la masse commune est insuffisante, il en répond sur ses propres biens en sa double qualité de gérant de la communauté et d'administrateur des biens de sa femme. Reste une disposition de ces articles, qui donne lieu à une grave controverse.

Quand le mari ou la femme ont fait entrer des biens en communauté à charge de récompense, ils exercent leur droit par voie de *prélèvement*, c'est-à-dire qu'ils prennent sur la masse commune avant tout partage la récompense à laquelle ils ont droit. Si les biens, qui leur étaient jadis propres, se retrouvent en nature, ils les reprennent en nature. On a voulu en conclure qu'ils étaient non pas créanciers, mais propriétaires de leurs récompenses : car, s'ils n'étaient que créanciers, comme

(1) *Suprà*, p. 213, note 2. Cf. pp. 101 et 103.

les dettes de la communauté se divisent de plein droit entre les époux lors de la dissolution, les récompenses s'éteindraient pour moitié par confusion, et il n'y aurait pas de prélèvement, surtout pas de prélèvement en nature. Jadis la Cour de cassation en a déduit avec logique que la femme pouvait exercer ses prélèvements même à l'encontre des créanciers de la communauté envers qui elle ne s'était pas personnellement obligée. Cette jurisprudence, dangereuse pour les tiers, ruineuse pour le crédit du mari, est aujourd'hui du domaine de l'histoire : la Cour de cassation y renonça définitivement dans un célèbre arrêt solennel de 1858 (1), où elle déclara que la femme était simple créancière de ses reprises ; comme telle, elle était encore redoutable pour les tiers à cause de son hypothèque légale, mais ils pouvaient se prémunir contre elle par le pacte de subrogation. La jurisprudence est restée fidèle aux principes de cet arrêt, et décide aujourd'hui encore, d'une façon presque constante, qu'à tout point de vue les époux sont créanciers de leurs reprises.

Mais un parti très fort dans la doctrine soutient que, dans leurs rapports entre eux, ils en sont propriétaires (2). M. Esmein a montré que la controverse se traduisait au XVIII<sup>e</sup> siècle par deux méthodes différentes

(1) Cette jurisprudence a duré de l'arrêt de Cassation du 15 février 1853, D. 53.1.75, à l'arrêt du 16 janvier 1858, D. 58.1.5.

(2) Demolombe, IX, 363-365 *ter* ; Rodière et Pont, II, 1081-82 ; Esmein, *Revue Critique*, 1877, pp. 95 et suiv.



pour la liquidation des reprises : l'une, où l'on commençait par partager en deux parties égales la masse commune, et où celui qui avait droit à récompense restait *créancier* de son conjoint pour une valeur égale à la moitié de sa reprise ; l'autre, où l'on prenait d'abord par *détraction* sur la masse commune les récompenses dont on était *propriétaire*, et où l'on procédait ensuite au partage du reliquat (1). Le législateur, qui ne pouvait ignorer cette controverse, a nettement pris parti, dit-il, pour le second système dans les articles 1470 et suivants ; l'article 1467, qui évite de dire, comme l'article 229 de la Coutume de Paris, que l'actif commun se divise de plein droit par moitié, vient encore confirmer l'opinion d'après laquelle le droit à récompense se traduirait par un droit de propriété plus considérable sur les biens communs. Enfin on ne conçoit point contre quel débiteur le prélèvement intégral de la récompense pourrait être exercé à titre de créance, à moins de supposer que la communauté soit une personne morale, dont la vie se prolongerait tant que ses créanciers ne seraient pas désintéressés. Dans la doctrine généralement admise, où la communauté se divise de plein droit entre les époux pour le passif comme pour l'actif, au jour de sa dissolution, l'époux créancier de sa reprise devrait la voir s'éteindre pour moitié par confusion ; on ne conçoit pas qu'il en reste créancier pour le tout.

(1) V. *suprà*, p. 122, note 2.

Cette vigoureuse argumentation serait sans réplique, si l'on ne trouvait quelque difficulté à imaginer un droit de propriété inopposable aux tiers. Si la femme est propriétaire de ses reprises, elle l'est *erga omnes*, et l'on en reviendrait à la funeste jurisprudence de 1854. Faut-il donc choisir entre l'équité et le texte de la loi ? Nous croyons que l'on peut tout concilier. Les époux sont créanciers de leurs récompenses : les articles 1470 et 1473 parlent bien d'indemnités et de récompenses *dues* aux conjoints par la communauté. Comme la communauté n'est qu'une indivision entre les époux, celui qui a droit à récompense se trouve, jusqu'au jour de son remboursement, créancier de lui-même pour moitié. Pourquoi cette exception au principe légal de la confusion ? La loi, qui déroge à l'article 1300 en faveur de l'héritier bénéficiaire (art. 802-2°), y déroge encore ici, en termes moins explicites, il est vrai, mais exactement pour les mêmes motifs. Elle donne le droit à l'héritier bénéficiaire de poursuivre toute sa créance sur l'ensemble de la succession, parce que sa part d'actif ne suffirait peut-être pas à lui payer sa part de passif, et qu'alors son patrimoine serait entamé. De même elle permet à la femme d'exercer des récompenses sur l'ensemble d'une masse de biens dont elle est copropriétaire indivise, parce que, si l'on commençait par partager cette masse, il n'est pas bien sûr que sa moitié l'indemniserait de la moitié de sa créance, qui est pour elle un propre. Accordant ce droit à la femme, la loi est

obligée, par voie de conséquence, de l'accorder aussi au mari, afin d'assurer l'égalité du partage. Ainsi, la protection des propres de la femme, voilà le véritable motif pour lequel le système des prélèvements fut substitué à celui du mi-denier pour la liquidation des récompenses ; mais il ne s'en est pas suivi un changement dans la nature même de ces droits ; et la jurisprudence a raison, lorsqu'elle persiste à leur attribuer le caractère de créances.

On demandera peut-être quel est l'objet de ces créances. L'article 1471 les fait porter successivement sur les anciens propres, s'ils se retrouvent en nature, à leur défaut, sur l'argent comptant, et subsidiairement sur les meubles et immeubles de la communauté. On peut voir dans ces derniers cas une dation en paiement et penser qu'il y aurait lieu de payer des droits de mutation. La jurisprudence écarte cette conséquence qui lui paraît fâcheuse, mais en faisant intervenir au besoin cette idée que le créancier de la reprise est en même temps copartageant, et que le prélèvement est une opération préliminaire du partage (1). Ces considérants sont très fâcheux parce qu'ils jettent une certaine indécision dans la théorie de nos tribunaux. Mieux vaut dire que la loi, dans l'intérêt même des époux, les oblige, lorsque les propres ne se retrouvent pas en nature, à se faire raison de leurs récompenses en des biens de com-

(1) Cass., 3 août 1858, S. 58.1.711, 13 août 1883, S. 84.1.289, 13 avril 1891, S. 91.1.421.

munauté, qu'elle détermine elle-même, et qui ne seront pas nécessairement de l'argent comptant. L'article 1471 prend ainsi une valeur impérative et organise une véritable dation en paiement légale, qui, précisément parce qu'elle est légale et forcée, doit être dispensée des droits de mutation.

L'intérêt de cette controverse concerne surtout la succession du prédécédé lorsqu'il y a des successeurs aux meubles et des successeurs aux immeubles. Si les reprises sont des créances, le successeur aux meubles profite seul de celles qui sont dues à la succession (1), et tous les successeurs doivent contribuer, d'après la composition de la succession au paiement de celles qui sont dues au survivant (2), ce qui pourra donner lieu à des règlements de comptes assez compliqués. Dans l'opinion contraire, tout dépend de la composition de la communauté au moment où elle se dissout : le survivant et les héritiers du prédécédé exercent chacun leurs prélèvements selon les règles indiquées en l'article 1471 ; la moitié du reliquat tel qu'il se trouve va aux divers successeurs, et il n'est point question de contribution aux dettes. Ce système est plus simple ; qui en doute ? Mais est-il plus équitable, plus conforme aux intentions du défunt ? Il fait dépendre l'attribution des biens d'une chose impossible à prévoir : quelle sera la nature des biens qui se trouveront dans la communauté au jour de

(1) Cass., 6 juillet 1870, S. 70.1.348.

(2) Paris, 18 août 1859, S. 63.2.211.

sa dissolution ? Le premier système offre au conjoint qui fait son testament un moyen bien plus sûr de prévoir quels seront les effets de ses dernières dispositions. Mais ce qui doit surtout nous décider en sa faveur, c'est qu'il évite de réunir au même instant sur la même tête les deux qualités de créancier et de propriétaire. Enfin il répond mieux à cette idée, toujours vivante dans notre droit, que les propres des époux restent en dehors de la communauté. Les conjoints sont copropriétaires des biens communs ; mais leurs intérêts concernant le capital de leurs biens personnels restent soigneusement séparés.

On vient de passer en revue les diverses faveurs légales, dont la femme jouit dans la liquidation de la communauté. Terminons par un mot sur les avantages conventionnels qu'elle peut se réserver. Je ne parlerai point des clauses de réalisation, de séparation des dettes, de communauté réduite aux acquêts, qui sont encore fort en usage aujourd'hui pour égaliser les apports des conjoints. Mais arrêtons-nous sur les clauses qui ont spécialement pour objet d'avantager la femme, sur les clauses de *préciput*, de *reprise d'apport franc et quitte*, de *forfait de communauté*. Le législateur de 1804, qui voulait faire disparaître les anciennes coutumes locales, et qui défendait de s'y référer d'une manière générale (art. 1390), s'est fait un devoir d'insérer dans son œuvre la plupart des clauses jadis usitées. Remarquons toutefois que, si les articles 1514, 1515, 1522

et 1523 parlent de ces anciennes clauses de faveur, ils leur appliquent expressément la méthode d'interprétation la plus restrictive : la faculté de reprise stipulée pour la femme ne l'est pas pour ses enfants ; celle qui est stipulée pour elle et ses enfants ne l'est pas pour les autres héritiers. Enfin quelle est aujourd'hui l'application de ces clauses ? On a peine à trouver des décisions de jurisprudence qui s'y rapportent ; indice certain qu'elles tendent de plus en plus à sortir de l'usage.

Ainsi, de toutes les prérogatives dont on avait jadis comblé la femme, les unes tombent en désuétude, les autres sont détournées de leur but primitif ; enfin celles qui subsistent s'expliquent sans recourir comme jadis à l'idée que la femme, tant que dure la communauté, n'aurait aucun droit sur les biens communs. Certains avantages, qui ont dû leur origine à cette idée rejetée par le Code, ont conservé leur utilité, parce que l'ancien droit nous a légué une puissance maritale renforcée par l'incapacité de la femme, parce que le souci de garantir les propres subsiste encore, fondé sans doute plus sur la considération de l'individu que sur celle de la famille, parce que, enfin, la femme, n'exerçant pas elle-même pendant le mariage tous les droits qui lui sont reconnus, a encore besoin de certaines compensations après la dissolution de la communauté. La pensée de Dumoulin devrait donc aujourd'hui se traduire ainsi : « La femme pendant le mariage, *n'exerce pas* tous les droits d'une véritable associée, mais elle en recouvrera



le *libre exercice*, et même avec certains avantages, une fois la communauté dissoute. » Cette formule correspond-elle à la situation de fait dont la femme jouit aujourd'hui ? Le Code interprété, comme nous venons de le faire, en suivant le plus souvent les indications de la jurisprudence, suffit-il à tous les besoins de la vie matrimoniale actuelle ? Voilà ce qu'il nous reste à examiner.



## TROISIÈME PARTIE

### LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES ET LES PROJETS DE RÉFORME

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.

Dans l'étude comparative qui vient d'être faite de la communauté matrimoniale française et de la société de droit commun, certaines critiques ont été formulées, chemin faisant. Il faut les réunir et les préciser, avant de chercher, par des exemples tirés des législations étrangères, quelle satisfaction il convient de leur donner.

Une première critique, qui, pour être devenue banale, n'a rien perdu de sa justesse, c'est que la distinction faite entre les immeubles que l'on protège énergiquement, et les meubles que l'on compromet comme une chose sans valeur, contredit formellement la composition actuelle de la richesse publique. Tous les au-

teurs ont dit et répété que la maxime *res mobilis res vilis* était aujourd'hui un anachronisme. En ce qui concerne la communauté, il n'y a aucune bonne raison pour décider que les époux y feront entrer leurs biens mobiliers et qu'ils garderont en propre leurs immeubles ; au contraire, il y en a d'excellentes pour fixer autrement la composition de la communauté, quand les époux ont, l'un une fortune presque entièrement mobilière, l'autre presque uniquement des immeubles : car leurs apports sociaux sont alors très inégaux. Enfin si les pouvoirs exorbitants du mari sur les meubles s'expliquent un peu par la difficulté que l'on éprouve à les individualiser, il faut bien avouer que la loi, en consacrant ces pouvoirs, accepte de gaieté de cœur une conséquence et une iniquité qu'elle devrait empêcher dans la mesure du possible (1).

Autre critique qui par certains côtés se rattache à la précédente : la coopération de la femme aux affaires du ménage n'est pas suffisamment établie. Son hypothèque légale est la base à peu près unique de sa puissance. Mais cette base fait défaut quand il n'y a d'immeubles ni dans le patrimoine du mari ni dans la communauté. Vainement dira-t-on que les mœurs y remédient, qu'en fait la femme est toujours consultée. Dans un ménage

(1) Ces observations présentées sans succès lors des travaux préparatoires de notre Code, ont triomphé récemment en Allemagne, et ont inspiré M. Laurent dans son avant-projet du Code civil belge, Fenet, XIII, p. 552 ; *Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, t. IV, p. 151 ; Laurent, *Avant-projet*, t. V, p. 17-18.

sans immeubles, le mari peut à peu près faire ce qu'il veut, pourvu qu'il n'agisse pas en fraude des droits de sa femme ; et cette restriction à ses pouvoirs est absolument insuffisante. Il viole les mœurs sans violer la loi.

Enfin l'incapacité de la femme mariée est notre dernier et notre plus grand grief. Cette institution bâtarde et illogique, débris mutilé d'une civilisation depuis longtemps disparue, produit dans la communauté les effets les plus désastreux. On lui doit les autorisations de justice inutiles et onéreuses, l'abandon des intérêts communs, ou leur gestion par des mains étrangères, dans des cas où il serait naturel et juste qu'ils fussent confiés à la femme, l'exagération de la puissance maritale et l'effacement complet de la femme, que nous venons de signaler dans certaines hypothèses, l'absence de tout crédit personnel pour la femme et l'impossibilité où elle se trouve d'exercer d'une façon autonome, même dans les cas urgents, ses droits sur les biens communs et même sur les biens propres ; on lui doit la théorie du mandat domestique avec son invraisemblance, ses contradictions, ses inconvénients. On ne parvient pas à établir solidement que la femme incapable puisse engager ses services, toucher son salaire, en disposer librement, même pour les besoins les plus pressants, et si quelques lois spéciales lui permettent de mettre de côté ses maigres économies, on en est encore à se demander quel est le fondement théorique de ces lois et

où la femme puise le pouvoir de faire des économies.

La première réforme qui s'impose est donc de supprimer l'incapacité de la femme mariée. Cette suppression, M. Gide la réclamait déjà il y a plus de trente ans (1). C'est chose déjà faite dans la plupart des législations européennes, et l'examen de ces législations ne fera que corroborer une démonstration dès à présent complète.

Mais une fois tranchée cette question de *capacité*, reste à savoir quels pouvoirs, quelles fonctions il convient de reconnaître à la femme dans la société conjugale. Au XIII<sup>e</sup> siècle, bien que la femme fût capable, ses droits étaient strictement limités par la puissance maritale. Le mari doit-il, aujourd'hui encore, conserver la direction des intérêts pécuniaires, rester l'associé chef, le gérant *unique*, nécessaire et légal de la communauté? Faut-il au contraire donner aux deux époux les mêmes droits, les investir des mêmes pouvoirs, en faire deux associés absolument égaux? Ou encore, convient-il, pour mieux assurer l'indépendance de la femme, de séparer complètement ses intérêts de ceux de son mari, et de renoncer à l'idée que la société de biens est une conséquence naturelle de la vie commune? Entre ces opinions extrêmes il y a place pour des systèmes intermédiaires. Nous avons fait la critique d'une législation qui, réduisant la femme au rôle d'incapable;

(1) Gide, *Condition privée de la femme*, pp. 473-74.



lui donne trop peu de moyens d'action dans le ménage ; déclarer la femme capable pour étouffer cette capacité nouvelle sous un pouvoir dictatorial, ce serait ne rien faire. Mais d'un autre côté confier à la femme le même rôle qu'à son mari ou lui accorder une indépendance absolue, est-ce bien conforme aux données de la nature ? Il s'est trouvé dans tous les temps des gens pour le soutenir, et cette opinion a recruté surtout dans ces dernières années un nombre sans cesse croissant de partisans.

Nous n'avons pas à faire ici un exposé complet du féminisme, encore moins à retracer son histoire. Nous écartons à dessein tout ce qui concerne les droits politiques ou les intérêts économiques, n'envisageant que le rôle de la femme dans la famille : et même dans ce cadre restreint notre sujet ne comporte que les questions d'ordre pécuniaire. Il s'agit donc d'un point très spécial de cette doctrine, mais c'est précisément le point où elle a le plus de chance de triompher, malgré ses exagérations, parce que, en cette matière, les critiques qu'elle formule contre l'état de choses actuel, contiennent une grande part de vérité.

Les défenseurs les plus illustres des droits de la femme partent de cet axiome que tous les êtres humains sont moralement égaux ; ils en concluent que tous doivent avoir les mêmes droits et les exercer avec la même liberté, que l'inégalité des sexes ne peut tirer son origine que d'un abus de la force, et qu'une civilisation éclairée

doit tenir à honneur de faire primer le droit sur la force (1). Stuart Mill, très frappé du despotisme à vrai dire excessif que les lois anglaises établissaient au profit du mari, déclare qu'à de rares exceptions près, le pouvoir absolu est mauvais. « Qui doute, dit-il, que le gouvernement absolu d'un homme bon ne puisse s'exercer avec une grande bonté?... Mais c'est en vue des hommes méchants qu'il faut établir des lois » (2). M. Laurent ne fait même point cette réserve. « L'histoire prouve, dit-il, que le despotisme est un vice, et comme tel, mauvais en essence. Je crois que le pouvoir absolu ne vaut pas mieux dans la famille que dans l'État » (3). Et rempli d'enthousiasme pour les principes égalitaires modernes, il déclare que notre régime matrimonial était bon « dans un temps où la femme acceptait l'inégalité dans le mariage comme une loi divine » ; mais il ajoute : « L'État social du Moyen Âge n'est plus le nôtre : les futurs époux ignorent la loi d'inégalité écrite dans la Bible ; on ne peut donc plus dire que l'inégalité est voulue, acceptée par les parties contractantes. La société moderne ne procède plus de la Bible, elle procède de la révolution ; et de tous les principes de 1789, c'est

(1) Ce raisonnement, suivi de la critique des institutions existantes, tel est le thème de tous les auteurs féministes. Il est inutile de multiplier les citations. Qu'on lise les ouvrages de Ch. Secrétan, de Franck, de Louis Bridel, on n'y trouvera rien de plus que dans Stuart Mill.

(2) Stuart Mill, *Assujettissement de la femme*, p. 75.

(3) Laurent, *loc. cit.*, t. V, p. 52.

l'égalité qui a jeté les racines les plus profondes dans nos âmes » (1).

M. Laurent est plus républicain que la République. On sait quel fut le piteux échec des lois en faveur de la femme pendant la période intermédiaire, et quel mauvais accueil trouva le projet de Cambacérès devant les assemblées du temps (2). Les hommes de la révolution ne furent point, en général, des féministes ; il ne leur vint pas à l'esprit d'écrire une Déclaration des droits de la femme. N'y a-t-il pas, en outre, quelque exagération à prétendre que les principes de 1789 ont fait table rase des préceptes de l'Évangile ? Le mariage civil a-t-il supplanté le mariage religieux ? L'état civil a-t-il aboli les baptêmes et les enterrements ? Est-il devenu hors d'usage de mêler la religion aux événements les plus importants de la vie des familles ? Enfin, répugne-t-il aux mœurs de dire que le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ? Tout ce que l'on peut dire, c'est que les croyances se sont affaiblies dans nombre de familles, et que la religion jadis si puissante pour compléter le droit et en prévenir les abus, n'aurait certainement pas la même efficacité aujourd'hui (3), qu'il importe, par conséquent, de remplacer

(1) Laurent, *loc. cit.*, t. V, p. 43.

(2) *Suprà*, pp. 132-133. On trouvera des détails intéressants sur l'esprit anti-féministe de la révolution dans l'article de Mme Cheliga, *Revue politique et parlementaire*, 10 août 1897, p. 272 et suiv.

(3) M. Lefebvre, dans sa conférence sur le mariage au temps de Saint-Louis (pp. 32 et suiv.), a montré combien de devoirs conjugaux

cette sanction morale par une sanction juridique, en déterminant avec plus de précision qu'on ne le faisait au Moyen Age, les droits et les devoirs de chacun. Mais soutenir que le fonds d'idées morales et religieuses qui servit de base à nos anciennes institutions est entièrement dissipé et remplacé par autre chose, s'imaginer que les hommes de 1789, ouvrant une ère nouvelle, ont détruit de fond en comble l'édifice du passé et reconstruit sur un terrain tout neuf, c'est se méprendre singulièrement sur la portée des événements, c'est dépouiller toute philosophie, tout esprit critique dans l'étude de l'histoire.

Stuart Mill aborde à peine ces hautes considérations. Il tire toute son argumentation de la critique souvent très juste à laquelle il se livre sur les règles matrimoniales de la *Common law* (1). En maint endroit, il fait penser à l'avocat qui, pour défendre son client, fait le procès de l'accusateur. Il a certes raison de dénoncer une législation où la personnalité de la femme est absorbée dans celle du mari, au point qu'elle ne peut jamais rien faire que comme sa représentante, et que son concours aux opérations pécuniaires du ménage n'est jamais requis. Il a raison de dire qu'on ne peut parler de société entre deux personnes dont l'une n'a aucun droit. La *manus* romaine n'était pas une société ; et

n'avaient au moyen âge d'autre sanction que la morale et la religion.

(1) Stuart Mill, pp. 65, 67, 85-86.

l'ancien système anglais, qui ressemble fort à ce régime, justifie cette phrase de l'écrivain : « Je n'ai aucun goût pour la doctrine en vertu de laquelle ce qui est à moi est à toi sans que ce qui est à toi soit à moi ; je ne voudrais d'un traité semblable avec personne, dût-il être fait à mon profit (1). » Mais faut-il en conclure que le mode naturel d'arrangement soit « le partage du pouvoir entre les deux associés, où chacun garde la direction absolue de sa partie » ? Le suivrons-nous lorsqu'il déclare que les époux doivent être libres d'organiser *comme il leur plaît* la gestion de leurs biens par contrat de mariage et que la loi ne saurait leur imposer d'ordre préétabli (2) ?

Les féministes ont raison lorsque, de l'égalité morale des deux sexes, ils tirent cette conséquence que la loi doit protéger contre les abus du mari la femme qui est physiquement plus faible. Les droits du mari ont leurs bornes indiquées par les devoirs corrélatifs : il est inique que le mari, qui doit protection et assistance à sa femme, puisse la maltraiter impunément, lui dérober ce qu'elle gagne et la laisser mourir de faim. Une loi qui laisse passage à de pareils abus mérite d'être réformée. Mais où les féministes font fausse route, c'est lorsque de l'égalité morale des sexes ils veulent conclure à une égalité, à une identité parfaite de situation dans la société et dans la famille. Ils ne voient point que l'homme et

(1) Stuart Mill, p. 104.

(2) *Idem*, p. 87.

la femme sont appelés par la nature à remplir des fonctions différentes. L'égalité morale implique-t-elle nécessairement égalité devant la loi ? Un étranger est aussi respectable qu'un Français. Pourquoi n'a-t-il pas les mêmes droits dans notre pays ? parce qu'il n'est pas appelé à y remplir le rôle de citoyen et d'habitant. De même l'égalité morale de l'homme et de la femme n'efface point les différences qui existent entre eux ; différences intellectuelles, car, sans dire avec Lamennais que « je n'ai jamais rencontré de femme qui fût en état de suivre un raisonnement pendant un demi-quart d'heure », il m'est souvent arrivé de reconnaître à première lecture que telle page prise au hasard était l'œuvre d'une femme ; différences morales, si connues que c'est presque un lieu commun de rhétorique de célébrer le courage de l'homme, et la prudence, la douceur de la femme ; enfin différences physiologiques, qui sont l'indice le plus certain des fonctions diverses qui leur sont assignées.

Il ne s'agit pas, qu'on le remarque bien, d'une question de supériorité : pour dire que l'homme est supérieur à la femme, il faudrait démontrer que ses travaux, intellectuels ou musculaires, sont d'une essence plus haute que la mission de patience et de dévouement qui est dévolue à l'épouse et à la mère. « L'illusion du politicien, écrit M. Fouillée, est de croire que la question des sexes est essentiellement réglée suivant qu'on accorde ou qu'on refuse *l'affranchissement des fem-*



mes, tandis qu'il s'agit de déterminer les droits *différents*, qui consacrent des fonctions *différentes*, mais *équivalentes pour la société*, et motivées par la différence du tempérament physique et moral (1). » Droits et devoirs différents et corrélatifs, résultant de la diversité des fonctions, telle est donc la formule abstraite des rapports entre époux. Pour maintenir ces rapports, l'auteur compte non pas sur l'intérêt, qui est la loi des contrats ordinaires, mais sur le dévouement et l'amour réciproques (2). Là où ces sentiments font défaut, il faut bien, comme il le dit, « que le législateur assure cette équation de telle sorte qu'il y ait égalité de bien-être et d'honneur dans l'inégalité des fonctions (3) ». Il est probable que le législateur, quoi qu'il fasse, s'acquittera toujours médiocrement de ce que peuvent faire seuls l'amour et le dévouement. Mais ce ne sont certainement pas les féministes qui approcheront le plus du but, car ils partent d'un principe faux en voyant dans

(1) Fouillée, *Tempéraments et Caractères*, p. 269. Le même auteur dit encore (p. 258-259) : « La dissemblance entre les deux sexes ne peut ni ne doit être supprimée par le progrès des institutions et des mœurs ; loin de là ; dans les organismes supérieurs et dans les sociétés supérieures, la division des fonctions ne fait que s'accuser davantage. C'est contrevenir à cette loi que de se flatter d'établir entre les deux sexes une identité de nature impossible, au lieu d'établir entre eux une croissante équivalence de fonctions. »

(2) M. Lefebvre dit aussi avec raison que « toute notre coutume d'association conjugale demande un entretien constant de la doctrine ou force morale qui doit lui servir d'assise ou de contrefort ». *Conférence sur le mariage au temps de saint Louis*, p. 38 ; V. aussi pp. 34-36.

(3) Fouillée, *loc. cit.*, pp. 265-266.

les époux deux associés de tout point semblables. Proudhon leur oppose que le mariage est « l'union de la force et de la beauté », et développe, en un langage original et par endroits peu sérieux, cette idée que si la société ne devait pas être basée sur le mariage tel qu'il existe, la nature eût réparti autrement les facultés de tout genre entre les deux sexes (1). Il ne fait en somme que rajeunir une pensée exprimée en termes excellents par les philosophes de l'antiquité. Avant lui, Cicéron avait dit que « la femme était faite par la nature pour les soins du foyer, l'homme pour les agitations du dehors et les occupations du forum (2) ». De tout temps, aux ambitions démesurées des femmes, on a opposé la même réponse, assez concluante, me semble-t-il, pour qu'il soit inutile d'en chercher une autre. On peut ajouter cependant, ce que ne disent pas les philosophes antiques, que le mariage étant considéré, tout au moins dans les mœurs (3), comme une société indissoluble, a besoin plus que toute société d'une direction unique. Cela exclut tout partage égal d'attributions entre les époux. A qui accordera-t-on la suprématie ? « Si l'on

(1) Proudhon, *Les femmes dans les temps modernes*, pp. 54-64. Paris, 1875.

(2) Et il poursuit : « Quod simplex natura non omnes res commodas amplecti valebat, idcirco alterum alterius indigere voluit ; quoniam quod alteri deest, præsto plerumque est alteri. » *Œconomica*, fragm. 4 ; Cf. Aristote, *Politique*, III, 2.10.

(3) Il faut bien reconnaître, cependant, que le divorce, inscrit dans la loi, tend de plus en plus à pénétrer dans les mœurs.

juge que la puissance maritale est mauvaise, écrit un moraliste genevois, qu'on demande des lois qui transfèrent l'autorité à la femme : il est certainement des cas où les choses iraient mieux si elles étaient réglées ainsi ; mais *les lois générales ne peuvent pas être établies en vue de cas exceptionnels* (1). » Or dans la plupart des cas, l'homme, plus apte aux entreprises, plus prompt et plus décidé dans ses résolutions, mieux au courant des affaires par le fait même de ses occupations, se trouvera tout désigné pour gérer l'ensemble du patrimoine. Cela est si vrai que, dans les ménages qui s'entendent bien, lorsque le contrat réserve à la femme l'administration de ses biens, celle-ci absorbée par les soins domestiques donne presque toujours procuration à son mari de s'occuper de ses affaires.

Ainsi tous les systèmes aboutissent normalement à des résultats peu différents. Reste à savoir lequel, en cas de désaccord, expose aux abus les plus graves, de celui qui consacre légalement la suprématie du mari, ou de celui qui proclame l'égalité absolue. Or quand un mari abuse des avantages que lui reconnaît la loi, la honte n'en rejaillit que sur lui ; la femme est sûre de trouver dans l'opinion publique une pitié sans mélange. Supposons au contraire que la femme, indépendante, abuse

(1) Naville, *La condition sociale des femmes*, p. 58. Cet opuscule résume en quelques pages nombre de remarques fines et justes sur la question.

de sa liberté, fasse de ses biens un usage que la morale réprouve, le mari en sera partiellement responsable devant la société, et il recueillera plus de blâme que de compassion. Ce trait de mœurs se trouve un peu dans tous les temps, et les raisonnements philosophiques les mieux établis ne le feront point disparaître de l'esprit des masses. Ne faut-il donc pas conserver au mari son droit de puissance qui n'est que la juste contre-partie des responsabilités qu'il encourt ? Le mot de saint Paul : « Vir est caput mulieris », exprime une vérité éternelle : tête responsable, l'homme doit rester aussi la tête qui dirige et qui commande. Ainsi l'a décidé la Volonté mystérieuse qui préside aux destinées de la nature.

Nous repoussons donc absolument les principes du féminisme. Toutefois nous reconnaissons que cette doctrine a eu le mérite d'attirer l'attention sur certains défauts dans l'organisation de la famille. Le plus sage est de tenir compte de ces critiques et de corriger nos lois sans en bouleverser les principes. C'est ce que l'on a fait déjà dans beaucoup de pays ; c'est ce que l'on commence à faire chez nous. La grande difficulté est de trouver la note juste.

Nous commencerons par exposer les législations qui ont mis en pratique les principes du féminisme, et nous en montrerons les inconvénients. Nous étudierons ensuite les réformes plus ou moins heureuses qui ont été faites sous l'influence d'idées libérales en faveur de la femme, soit dans des régimes qui excluent l'idée de

communauté, soit dans des systèmes de communauté plus ou moins étendue. Enfin nous tâcherons de mettre cette étude à profit et d'aboutir à quelques conclusions pratiques concernant la réforme de notre propre législation matrimoniale.

## CHAPITRE II

### LÉGISLATIONS FÉMINISTES.

#### 1. — Législations Anglaise et Américaine.

C'est en Angleterre et dans l'Amérique du Nord que le mouvement féministe a pris son plus rapide et son plus complet développement. C'est là qu'il produisit dans le droit privé les innovations les plus radicales. L'accueil qu'il trouva dans ces contrées s'explique sans doute par le régime trop sévère auquel la femme y était soumise. L'écart entre la condition légale et la situation de fait de la femme dans la famille était bien plus grand en Angleterre il y a quelque trente ans qu'il ne l'est aujourd'hui en France ; il eût été impossible d'établir une comparaison entre la notion de société et le régime matrimonial de la *Common law*. Les relations pécuniaires entre époux dans cette loi sont bien vite analysées : la personnalité juridique de la femme était absorbée dans celle du mari par le seul fait du mariage : ses créances, ses dettes, ses actions, ses biens devenaient les créances, les dettes, les actions, les biens du mari ; cette règle admettait un tempérament unique, dicté par l'intérêt des familles : le mari était tenu de conserver et de rendre les immeubles de sa femme ; il ne pouvait



*même avec le consentement de la femme*, concéder des droits sur eux, si ce n'est jusqu'à la dissolution du mariage. Ce système avait pour conséquence que la femme ne prenait absolument aucune part à la gestion des intérêts pécuniaires. On expliquait par la théorie du mandat tacite tous les actes juridiques qu'elle était amenée à faire par la force des choses ; mais elle n'avait aucun droit propre soit pour agir seule, soit pour intervenir à côté de son mari.

Sans doute, les cours d'équité appliquaient depuis longtemps au profit de la femme la distinction subtile entre domaine nominal et domaine utile, et l'admettaient à se réserver par contrat de mariage l'exercice des droits de propriété (*use*), sur des biens fonciers dont la propriété nominale était confiée à un titulaire (*trustee*), qui souvent n'était autre que le mari lui-même (1).

Mais cet artifice de praticien, qui supposait que la femme eût des immeubles et fût assez riche pour faire un contrat de mariage, ne s'appliquait point aux classes inférieures de la société. On conçoit dès lors combien les idées féministes parurent justes et humanitaires dans un pays dont la loi, en opposition flagrante avec les mœurs, traitait la femme, dit Stuart Mill, en véritable « esclave ».

Partant de cette idée qu'il ne doit pas être possible au mari de priver sa femme du nécessaire, le féminisme en

(1) V. détails sur les origines et le fonctionnement de ces institutions dans Gide, pp. 254 et suiv.

arriva progressivement à établir entre les époux une séparation complète d'intérêts, ce qui n'était pas, croyons-nous, une conséquence nécessaire du principe. Quelques exemples feront saisir les différentes phases par lesquelles il fit passer les lois matrimoniales de ces contrées.

C'est aux États-Unis que le mouvement se dessina d'abord, et l'origine en est on ne peut plus louable. Dans ce pays de spéculations et d'entreprises aventureuses, il parut nécessaire de protéger contre les revers la femme et les enfants, et de soustraire aux créanciers du mari un minimum indispensable pour la subsistance de la famille. De là sortirent plusieurs institutions de prévoyance qui eurent pour but, non point comme l'épargne française d'amasser des capitaux importants destinés à doter les enfants, mais de mettre à part pour les mauvais jours un petit pécule *insaisissable* (1). Qui fut gardien de ce pécule ? qui fut même parfois chargé de le constituer ? la femme, la mère de famille. Il y avait bien dans la *common law* un droit de douaire (*right of dower*) au profit de la veuve sur un tiers des immeubles qui avaient appartenu au mari ; mais cette garantie laissait la femme sans abri assuré tant que vivait le mari, et n'en procurait un à la veuve que si le mari avait été propriétaire d'immeubles. On permit à la femme de se

(1) M. Bureau, *Homestead*, p. 170 et suiv., a noté avec une grande précision les traits distinctifs entre la prévoyance américaine et la prévoyance française.

ménager d'autres ressources pour son veuvage en contractant à son profit une assurance sur la vie de son mari (1). On lui reconnut le droit de prendre chaque année sur les ressources du ménage une petite somme d'argent pour se constituer un capital qui échapperait aux créanciers. Puis, avec l'extension que prirent les assurances sur la vie, il lui devint possible de prévoir d'autres risques que la mort de son mari : elle put s'assurer contre ces désastres financiers, ces crises économiques qui sont une menace de ruine sans cesse suspendue sur les familles américaines ; elle put assurer ses enfants ou son mari contre sa propre mort ; enfin elle fut mise à même de devenir l'égide protectrice du foyer.

A la même époque parurent les législations sur le *homestead* (2). Ces lois faites pour encourager les entreprises hasardeuses dans un pays alors tout à fait neuf et à peine défriché, déclarent insaisissable le *home* familial, c'est-à-dire la maison où habite le ménage et une petite étendue de terrain ; *insaisissable*, mais non ina-

(1) Les premières réformes législatives en faveur de la femme se trouvent dans des lois sur les assurances et coïncident avec l'époque où s'est développée cette forme d'épargne éminemment américaine. V. les lois d'assurances à partir de 1840, année où fut fondée la Mutual-Life Company, dans les Etats de New-York, de Vermont, de Massachusetts. Indication des droits de la femme et de leur développement en matière d'assurance, dans Stimson, *American statute law*, III<sup>e</sup> part., § 9601.

(2) La première loi de *homestead exemption* est celle du Texas en 1836. L'exemple fut suivi en 1841, par le Mississippi et la Géorgie, en 1849, par le Vermont, la Californie, le Wisconsin ; et en quelques années l'institution se propagea dans presque tous les Etats.

liénable : rien n'eût été plus opposé à l'esprit d'entreprise que d'immobiliser la famille sous un toit déterminé ; la loi va même jusqu'à permettre d'hypothéquer cette maison. Mais toutes les fois qu'il s'agit de supprimer ou de compromettre cette dernière ressource de la famille, la femme a voix délibérative ; si le mari tenté par l'appât du gain veut engager dans une affaire jusqu'à son dernier dollar, la femme, gardienne du foyer, peut opposer son veto. Elle peut exiger que ce petit immeuble lui reste, tant pour l'abriter actuellement que pour lui servir de refuge dans son veuvage et lui tenir lieu alors d'un douaire peut-être illusoire (1). Les jurisconsultes américains rendent compte de ce droit de la femme en disant que le homestead n'appartient pas plus au mari qu'à elle, qu'il est la propriété du ménage considéré comme personne morale distincte des deux époux. Ainsi s'explique que ce bien ne puisse être aliéné ou engagé que du consentement simultané des deux conjoints dont les volontés réunies forment l'être moral dont il s'agit (2). Il est curieux de retrouver de l'autre côté de l'Atlantique, dans des législations qui peu après devaient séparer complètement les intérêts des époux, une idée qui établit entre eux l'union la plus étroite, une fiction que l'on a cru voir dans notre communauté française, et qui, si elle ne s'y trouve pas en fait, aurait

(1) Pour le droit de propriété ou d'usufruit de la veuve sur le homestead, V. Bureau, *op. cit.*, pp. 159-160.

(2) *Idem*, pp. 415-416.

pu néanmoins être prise comme base théorique de cette institution (1). Cela tend à prouver que certaines idées émises par les auteurs féministes peuvent se concilier avec la notion de société conjugale et d'union d'intérêts.

Mais bientôt parurent des lois qui séparaient nettement les intérêts de la femme de ceux du mari et la rendaient indépendante de tout contrôle. Il ne lui suffit plus de mettre de côté l'épargne nécessaire. On va par des réformes successives lui créer une liberté absolue. Le Mississippi en 1839, l'Arkansas en 1840, inscrivent dans leurs statuts que « toute femme mariée peut être saisie de toute propriété réelle ou personnelle par legs, don, achat, *en son nom propre*, et comme si c'était sa propriété particulière ». Dans l'État de New-York, une loi de 1843 lui permet de prendre un brevet d'invention et de l'exploiter librement ; les lois du 7 avril 1848 et du 11 avril 1849 lui réservent en toute propriété les biens qui lui adviennent par succession ou donation de tout autre que son mari ; la loi du 20 mars 1860 lui assure l'entière propriété et la libre disposition de ses gains personnels ; enfin la loi du 14 mai 1892 lui permet de contracter avec son mari comme avec toute autre personne. Mêmes transformations dans les autres Etats. Il nous est impossible d'entrer dans le détail de ces législations au moins aussi complexes et aussi diversifiées que les coutumes de notre ancienne France (2).

(1) V. *suprà*, pp. 138 et suiv.

(2) Bouvier, *Law dictionary*, II, p. 328, cite ce mot d'un juris-

Mais nous pouvons dire que presque toutes consacrent aujourd'hui comme régime de droit commun la séparation de biens et l'abolition plus ou moins radicale de la puissance maritale, nettement marquée, en ce qui concerne les intérêts pécuniaires, par l'autonomie presque absolue de la femme (1).

En Angleterre les réformes matrimoniales en faveur de la femme commencèrent bien plus tard, mais marchèrent à pas de géant. L'*act* du 9 août 1870 (2) permit à la femme de contracter une assurance sur sa vie ou sur celle de son mari (art. 10), et lui réserva de plein droit le produit de son travail (art. 1) ; en outre, aux femmes qui se marieraient dans la suite il réserva les biens qu'elles recueilleraient *ab intestat* ; il leur permit aussi de garder en propre jusqu'à concurrence de deux cents livres les biens mobiliers qui leur seraient donnés ou légués (art. 7), et de se constituer un patrimoine séparé au moment du mariage, moyennant le consentement écrit de leur mari. Enfin le mari fut

consulte américain : « To attempt a summary of laws so incongruous, so purely local and so constantly changing, is useless. » On trouve une nomenclature dans Stimson, II<sup>e</sup> part., § 6410-6434, et des détails intéressants dans la thèse de M. Guntzberger, « *De l'extension des droits de la femme mariée sur les produits de son travail* », pp. 149-155.

(1) Citons seulement à titre d'exemple le Massachussetts (1884), le Mississipi (1880), la Pensylvanie (1887).

(2) *An Act to amend the law relating to the property of married women*, 33 et 34 Vict., chap. 93. Traduction dans l'*Annuaire de Législation Etrangère*, 1871, p. 53 ; Lehr, *Eléments du droit anglais*, p. 86 et suiv.



déclaré désormais affranchi de toutes les dettes de sa femme (art. 12) (1).

Cette loi conduisait déjà hardiment la femme mariée dans la voie de l'indépendance. Cependant elle ne parut pas suffisante (2). Les droits de propriété qu'elle attribuait à la femme étaient de même nature que les *uses* des cours d'équité. Par suite le mari qui conservait sur ces biens un domaine nominal devait être mis en cause pour tout procès les concernant. D'autre part la loi restait en partie inapplicable aux femmes mariées avant 1870. Enfin la femme ne pouvait jamais acquérir par libéralité plus de deux cents livres.

L'*act* du 18 juillet 1882 (3) compléta l'œuvre en donnant à la femme une entière indépendance et en établissant entre les époux le régime de séparation de biens. Contrairement à l'ancien principe, tous les biens de la femme sont aujourd'hui présumés lui appartenir en propriété séparée. Elle est capable d'acquérir et de disposer de toute manière et sans limite comme si elle n'était pas mariée (*as if she were a feme sole*). Elle

(1) Cette dernière disposition parut excessive dans le cas très fréquent où la femme abandonnait à son mari la gestion de ses biens. Un *act* du 30 juillet 1874 (*an act to amend the married women's property act*, 37 and 38 vict. chap. 50 ; *Annuaire de Législation Etrangère*, 1874, p. 32) réforma ce point.

(2) Thomas Barclay *L'émancipation contractuelle de la femme*, p. 12 ; Lehr, *loc. cit.*, p. 90 et suiv.

(3) *An act to consolidate and amend the acts relative to the property of married women*, 45 and 46 vict. chap. 75. *Annuaire de Législation Etrangère*, 1883, p. 329.

peut de sa seule initiative s'obliger sur tous ses biens soit en faisant le commerce soit par d'autres engagements contractuels ou délictuels, et elle en est en principe seule responsable : aussi intente-t-elle et soutient-elle seule les actions en justice concernant ses affaires et ses biens. Il lui est d'ailleurs permis de confier à son mari telle portion qu'il lui plaît de sa fortune ; dans ce cas le mari répond pour sa part des dettes de sa femme et doit être partie aux procès qui la concernent. Enfin, comme les époux séparés de biens peuvent avoir des intérêts opposés, il peut arriver, ce qui ne se présentait jamais sous l'empire de l'ancienne loi, qu'ils agissent l'un contre l'autre en justice.

La liberté de la femme peut encore être limitée, soit dans le contrat de mariage, soit dans les legs et donations faits à la femme, par un *restraint ou anticipation* : c'est une clause par laquelle il est interdit à la femme de disposer à l'avance du revenu soit d'un bien déterminé soit de tout ou partie de son patrimoine ; cette clause a pour effet d'enlever à la femme, quant aux biens pour lesquels elle est stipulée, le pouvoir de s'obliger et celui d'aliéner directement le capital. Une loi du 5 décembre 1893 (1) a décidé que cette clause même ne saurait mettre obstacle au paiement des frais de justice faits dans l'instance engagée par la femme en son nom.

(1) *An act to amend the married women's property act*, 56-57, vict. chap., 63 ; Dumas, *Appendice aux éléments de Lehr*, p. 8 : *Annuaire de Législation Etrangère*, 1894, p. 9-10.

Nous n'entrerons pas dans plus de détails sur des institutions si éloignées de la communauté. Cette esquisse rapide suffit à montrer que les introduire chez nous serait une révolution complète. Cette révolution aurait-elle de bons effets ? J'adresserai tout d'abord à ces innovations anglo-saxonnes un grave reproche : c'est que dans des lois destinées à régler les rapports pécuniaires entre époux, il n'est tenu aucun compte du mariage et des nécessités de la vie commune. On a cru aplanir toutes les difficultés en décrétant que les époux, égaux en droit, gèreraient chacun de leur côté leurs affaires comme deux étrangers qui pendant des années vivraient côte à côte dans le même hôtel. Cette loi semble faite pour des gens qui habiteraient des appartements voisins et auraient chacun leur loyer, qui prendraient leurs repas au même restaurant où ils paieraient séparément leurs dépenses, qui auraient soin enfin, s'il leur arrivait de s'adresser au même fournisseur, d'y avoir des comptes distincts et de s'y faire donner chacun leur quittance. Est-ce ainsi que les choses se passent en mariage ? La plupart des dépenses sont forcément communes, et il arrive sans cesse que les intérêts des époux sont mêlés. Encore que le mari ait l'obligation de subvenir en principe à l'entretien de la famille, nul doute que la femme ne doive y contribuer ; dans quelle mesure ? Aucun texte ne l'indique. Dans l'act de 1882, un article dit que les femmes mariées sont responsables envers la commune de l'entretien, sur leurs biens sé-

parés, de leurs maris indigents, et de celui de leurs enfants (art. 20). Est-ce à dire que la femme peut disposer à sa fantaisie des revenus de ses biens sous la seule obligation de donner du pain à son mari<sup>1</sup> quand il est réduit à l'extrême misère ? Cette grave question de la contribution aux charges du ménage, qui est réglée chez nous, au cas de la séparation de biens, par les articles 1448 et 1537 du Code civil, est absolument négligée par les nouvelles lois anglaises et américaines (1). Les mœurs suppléent à ce qui manque dans la loi, dira-t-on : en fait les deux époux mettent une partie de leurs revenus dans une caisse commune qui pourvoit aux besoins communs. Mais qui les y contraindra ? qui fixera en cas de désaccord la quotité nécessaire ? qui décidera enfin l'emploi qu'il faut faire de cet argent commun ? Autant de questions pratiques que ces lois laissent sans réponse. Peuvent-elles donc bien se vanter d'avoir comblé les lacunes du droit matrimonial ?

Ces législations, qui n'établissent pas plus de lien entre les patrimoines de deux époux qu'entre les fortunes de deux voisins, laisse aux conjoints une entière liberté de se faire des donations. Le mari qui se voit menacé par de nombreux créanciers ne trouve-t-il pas là un moyen fort simple de soustraire à leurs poursuites une partie de ses biens ? Qu'il donne quelques bonnes valeurs à sa femme en temps assez opportun pour

(1) Bouvier, *loc. cit.*, II, p. 326, indique sur ce point les rares dispositions d'ailleurs très divergentes de quelques Etats.

qu'on ne puisse pas soupçonner la fraude, il les aura mises en sûreté de l'autre côté de cette barrière infranchissable qui se dresse entre le patrimoine de sa femme et le sien ; et s'il devient un jour insolvable, il espère que sa femme voudra bien reconnaître sa générosité en lui offrant *a comfortable home* (1). Ce procédé rendu peu pratique chez nous par des dispositions prohibitives concernant les donations entre époux (2) est, paraît-il, d'un usage courant aux Etats-Unis, où on le considère non point comme une fraude, mais comme une sage mesure de prévoyance. Nous ne devons certes pas porter sur lui un jugement trop sévère : en France un mari insolvable vit sur les propres de sa femme qui a demandé la séparation de biens et renoncé à la communauté. Dans un pays où les dots des femmes sont généralement nulles et les héritages très incertains, il fallait que cette ressource fût remplacée par une autre. Toutefois il est permis de croire que le nouveau système facilite davantage la fraude et expose les tiers à de plus grands mécomptes. Chez nous le contrat de mariage ou

(1) La loi anglaise de 1882, rend cette fraude impossible en disposant que « les donations faites par le mari à sa femme ne seront point valables à l'égard des créanciers du mari, et qu'à ce point de vue, le bien donné sera considéré comme étant encore la propriété du mari ». Mais on ne trouve rien de semblable dans les lois américaines.

(2) L'art. 584, C. comm., défend à la femme d'opposer aux créanciers de son mari failli ses avantages matrimoniaux. Arg. a *fortiori* pour les donations faites pendant le mariage. Adde caractère révoicable de ces donations (C. civ., art. 1096.). V. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, n° 1237.

les lois matrimoniales fixent d'avance et une fois pour toutes quels biens resteront aux époux pour vivre en cas de revers. Aux Etats-Unis, le mari peut mettre de côté ce qu'il veut et quand il lui plaît, réduisant ainsi à son profit le gage de ses créanciers. Un auteur, qui a étudié de près ces contrées, nous assure que l'Américain n'abuse point de cette liberté et que, pour constituer sur la tête de sa femme ce patrimoine de réserve, il profite généralement de périodes de pleine prospérité où sa prévoyance échappe à tout soupçon d'indélicatesse ; mais le même auteur montre, quelques pages plus loin, que ces libéralités intéressées sont faites trop souvent à un moment où les dettes deviennent criardes, et qu'en pareil cas les tribunaux, mus par l'intérêt de la famille, se font de la bonne foi une idée tellement large que leur opinion, dégagée de son enveloppe dogmatique, peut se résumer, dit-il, dans cette brève formule : « Il n'y a jamais de fraude à sauvegarder sa famille » (1). Que l'on essaie d'acclimater chez nous ces lois et cette jurisprudence, il est difficile de se figurer la perturbation qui en résulterait dans les affaires.

Enfin cette entière liberté que les lois anglaises et américaines reconnaissent à la femme est-elle une bonne chose ? Son inutilité est démontrée par la fréquence des clauses qui restreignent les pouvoirs de la femme et donnent au mari des droits sur une partie de ses biens.

(1) Bureau, *Homestead*, pp. 190-191, 195-196.



Ses inconvénients possibles sont en partie corrigés par les usages de ces contrées ; est-on sûr que les nôtres auraient le même effet ? Il n'est pas nécessaire d'avoir vécu longtemps en Angleterre pour s'apercevoir que les femmes une fois mariées perdent un peu les allures de liberté qu'elles ont étant jeunes filles. Chez nous c'est le contraire : le mariage émancipe. Ainsi tandis que les libertés excessives de la loi sont ailleurs réfrénées par les mœurs, chez nous ce sont les lois qui restreignent une indépendance de fait. Le mieux serait sans doute une parfaite harmonie entre les lois et les mœurs ; mais s'il doit y avoir entre elles un écart, il semble que le rôle de la loi doit être plutôt de prévenir les excès d'indépendance (1). On pourrait donc en France mettre un peu plus d'accord entre les lois et la réalité, en concédant à la femme une autonomie partielle, sans lui donner une

(1) Le mouvement d'émancipation et de séparation en faveur de la femme s'est manifesté au Canada, en Australie, dans la Nouvelle-Zélande, en un mot dans tous les pays soumis à l'influence anglo-saxonne. Leurs mœurs s'accommodent sans doute mieux que les nôtres des doctrines féministes. Faut-il leur envier cette supériorité, si c'en est une ? et surtout sommes-nous en état de la leur enlever ? il est permis d'en douter.

En Russie aussi le régime de droit commun est la séparation de biens ; régime tellement simple que le *Svod* y consacre dix articles. Mais ces articles « paraissent être restés à l'état de lettre morte ou de simple conception théorique. En réalité les époux jouissent en commun des biens appartenant à chacun d'eux, et cette communauté de fait est tellement enracinée dans les mœurs qu'on ne songe presque jamais à régler par un contrat formel les relations matrimoniales quant aux biens » (Lehr, *Eléments de droit russe*, t. I, p. 41). Nous signalons, sans nous y arrêter, ce régime qui n'existe qu'à l'état théorique. V. pour les détails Lehr, *loc. cit.*, pp. 41-48.

liberté absolue qui outrepasserait ses besoins, et à laquelle son éducation ne la préparerait point.

## 2. — Avant-projet du Code civil belge.

Les législations qu'on vient d'analyser et de critiquer séparent avec soin les intérêts des époux, jugeant sans doute que la femme pourra mieux se défendre si ses droits ne s'enchevêtrent point avec ceux de son mari. Mais là n'est point leur trait essentiel, le trait qui leur imprime le caractère féministe. L'innovation radicale, et particulièrement dangereuse, c'est l'abolition de la puissance maritale. C'est aussi la seule conséquence directe et forcée d'une doctrine qui veut mettre les deux conjoints sur un pied d'égalité parfaite. Et la communauté française pourrait moyennant quelques retouches devenir une institution féministe, sans cesser de réunir en une masse unique les intérêts des conjoints.

C'est ce qu'a entrepris de faire M. Laurent, lorsqu'il fut chargé de préparer un avant-projet pour la révision du Code civil belge qui n'est autre que le Code français. Il prit comme point de départ, nous le savons, une profession de foi égalitaire et démocratique. Nous avons déjà vu sur plus d'un point l'auteur des « Principes » critiquer les interprétations libérales que la jurisprudence donnait des textes de notre Code. Fidèle à sa méthode, il pousse au noir dans son avant-projet le tableau de la puissance maritale telle qu'elle résulte de

nos lois ; il dépeint la femme réduite, tant que dure la communauté, à un rôle muet et passif ; il fait allusion à la maxime de Dumoulin, et la traduisant inexactement, dit que « la femme n'a *absolument aucun droit* », que « tout son droit consiste à se laisser ruiner », et qu'en dédommagement elle n'a que la faculté de renoncer à la communauté, prérogative illusoire, véritable « *bâton de mendiant* », que la loi lui donne après l'avoir dépouillée (1). Il conclut à l'abolition d'une telle tyrannie et propose une communauté universelle qui serait administrée par les deux époux avec des pouvoirs égaux (art. 1452). Les biens communs, qui comprennent tout le patrimoine des deux époux, ne pourraient être aliénés ou engagés que moyennant leur concours. Bien plus, les actes d'administration tels que baux, travaux d'entretien, assurances contre l'incendie, ne pourraient être faits que par les deux époux conjointement ; une seule exception est admise dans le projet : la femme oblige seule la communauté par ses actes d'administration journalière (art. 1453). Ainsi la femme se trouve

(1) Laurent, *Avant-projet*, t. V, pp. 42-45, 48, 54. L'auteur dit encore (p. 47), que, si cette situation de la femme était fondée sur le droit divin ou naturel, il ne devrait pas être permis d'y déroger comme on le fait dans la communauté conventionnelle : « Le contrat de mariage de tout chrétien se trouverait dans la Bible et il serait très simple : pouvoir absolu du mari et soumission absolue de la femme ». Il oublie que la Genèse, si elle donne la prédominance à l'homme (*eris sub potestate viri et ipse dominabitur tibi*), ne laisse pas de considérer la femme comme son égale : (*Uxor adjutorium simile sibi*). Les deux *époux associés* sous la *direction du mari*, voilà la véritable formule de la Bible.

avoir un peu plus de pouvoirs que le mari ; d'ailleurs si elle en abuse, le mari fera prononcer la nullité de ses actes et requerra même les tribunaux de prononcer sa déchéance (art. 1460).

On a montré d'avance combien sont exagérées les critiques que M. Laurent adresse à la communauté légale française. Nous y signalerons seulement une étonnante confusion. L'auteur ne paraît faire aucune distinction entre puissance maritale et incapacité de la femme mariée : à ses yeux, c'est l'envers et l'endroit d'une même chose (1). On conçoit pourtant fort bien que l'une existe sans l'autre : la coutume du XIII<sup>e</sup> siècle et nombre de législations modernes attestent que la puissance maritale peut s'exercer sans qu'il en résulte forcément l'incapacité personnelle de la femme. Aussi quand M. Laurent se plaint que la femme ne puisse de sa seule initiative s'obliger même sur ses propres, ni remplacer son mari dans la gestion des biens communs en cas de nécessité, il a grand tort d'en conclure que la puissance maritale est mauvaise : car elle n'a aucun lien avec les effets qu'il censure.

Quant au système proposé, c'est l'ancien projet de Cambacérès, avec cette différence que les actes d'administration, au lieu d'être faits indifféremment par l'un ou l'autre époux, ne résultent que de leur mutuel consentement. Ce perpétuel concours des époux même

(1) Cette confusion se manifeste surtout au tome I, pp. 425 et suiv.

pour des actes de peu d'importance réalise, semble-t-il, le *consortium omnis vitae* ; prenons garde qu'il ne le détruise en multipliant les occasions de discorde. L'auteur ne se dissimule point que dans cette administration commune se produiront souvent des divergences d'opinion ; il organise pour trancher le conflit (art. 212) toute une procédure avec essai de conciliation, interrogatoire en chambre du conseil et jugement du tribunal sur conclusions du ministère public (1) ; et si on lui objecte qu'il installe la discorde au foyer, il répond : « Pour que la femme refuse son consentement par esprit d'opposition ou caprice, il faut que l'union des âmes soit déjà rompue » (2). Que de simples querelles de ménage destinées à tourner en procès ! La communauté n'est tenue que des dettes contractées en commun par les époux (art. 1456) ; notamment elle ne répond point de leurs délits ou quasi-délits (art. 1458). Comme ils n'ont pas de biens propres, on ne voit pas quels biens pourront être saisis pour les engagements contractuels ou délictuels de l'un d'eux. Faut-il en conclure que chacun est incapable, tant que la communauté dure, de s'obliger seul même par son délit ? ou bien que l'exécution de cette obligation est suspendue jusqu'après la dissolution de la communauté ?

Voilà donc à quelles erreurs, à quelles impasses aboutit une logique impitoyable appliquée à déduire les con-

(1) Laurent, *loc. cit.*, t. I, p. 445.

(2) Laurent, *loc. cit.*, t. V, p. 46.

séquences d'un principe théorique que l'on isole de toute autre considération. Rien de plus dangereux que cette méthode, surtout dans l'étude d'une science aussi complexe que le droit. Reconnaissons d'ailleurs que l'ouvrage de M. Laurent contient des réformes utiles et justes sur la composition de la communauté, un aperçu lumineux sur sa nature (1), des indications excellentes sur le rôle de la femme comme ménagère, comme agent d'économie, comme gérante intérimaire de la communauté au cas d'empêchement du mari. Il écarte délibérément la fiction du mandat ; il déclare que la femme s'oblige et oblige son mari librement, en sa qualité d'*associée*, que le mari est censé donner son *consentement général* à tous ses actes et qu'il ne peut retirer à son gré ce consentement une fois donné (2). Cependant moins libéral sur un point que nos lois récentes, il soumet à l'autorisation du juge de paix le droit pour la femme de faire des placements à la caisse d'épargne (3) : il considère sans doute cette opération comme une dérogation trop grave au principe de l'administration commune. Le jour où notre législateur se décidera à refondre nos lois matrimoniales, il tirera grand profit de la lecture de cet avant-projet, mais à condition de savoir en éviter les exagérations.

(1) *Suprà*, p. 145.

(2) Laurent, *loc. cit.*, t. V, pp. 48-49, 57 et suiv.

(3) V. art. 215, t. I, p. 456.



## CHAPITRE III

### LES RÉFORMES FAVORABLES A LA FEMME EN DEHORS DE LA COMMUNAUTÉ.

#### 1. — Code italien de 1865.

Le régime de droit commun en Italie est le régime dotal. Mais tout bien qui n'est point stipulé dotal est paraphernal (art. 1424) ; de sorte que cela revient à établir, en l'absence de toute convention, une sorte de séparation de biens ; c'est un régime dotal sans dot. Quelle est la capacité de la femme, de quels pouvoirs, de quelle liberté d'action jouit-elle pour l'administration de ses biens ? Voilà ce qu'il faut rechercher.

Jusqu'en 1865 l'Italie était restée le pays classique de l'*imbecillitas sexus*, du sénatus-consulte Velléien, du régime dotal, en un mot de toutes les institutions romaines dépaysées et défigurées dans un milieu moderne et chrétien. Depuis lors il est difficile de dire si la femme est capable ou incapable. On dit que, « si le Code italien soumet la femme dans ses actes civils au contrôle de son mari, ce n'est pas à raison de la faiblesse du sexe ni pour suppléer à sa prétendue incapacité : c'est uniquement afin d'assurer l'unité de direction des affaires domesti-

ques » (1). On a voulu voir dans ce Code ce qui devrait y être, mais non pas exactement ce qui s'y trouve.

Les préparateurs du Code italien agitèrent très vivement la question de savoir s'il fallait maintenir l'autorisation maritale. Dès cette époque, les idées d'émancipation féminine se propageaient un peu dans tous les pays ; elles avaient de nombreux partisans parmi les membres de la Chambre italienne. M. Pisanelli, rapporteur du projet, condamnait tout ce qui pouvait rappeler la suprématie du mari ; il rencontra une très forte opposition (2). Le débat aboutit à une transaction qui aurait dû être d'abolir l'incapacité sexuelle de la femme, et de conserver la puissance maritale. Ce résultat aurait été fort logique, bien qu'il puisse paraître incohérent à qui ne voit dans la puissance maritale et l'incapacité de la femme qu'une seule et même chose (3) ; et il est consacré en fait par plusieurs dispositions du Code italien, qui semblent bien écarter l'incapacité du sexe en consacrant la suprématie du mari : ainsi il suffit que le mari donne à sa femme une autorisation générale plus ou moins étendue (art. 134) ; son autorisation n'a besoin d'être suppléée par aucune autre lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de la donner, par suite d'incapacité, d'ab-

(1) Ollivier Beauregard, *Législation italienne*, p. 182. Gide, *La législation civile du nouveau royaume d'Italie*, *Revue historique du droit*, t. XII, p. 408.

(2) Pisanelli, *Processi verbali della commissione di coordinamento*, pp. 50-53.

(3) Laurent, *loc. cit.*, t. I, p. 435.

sence, d'emprisonnement, de séparation (art. 135). Mais d'un autre côté l'article 1106 mentionne la femme parmi les incapables, et avec raison, puisque l'article 137 déclare que la nullité dérivant du défaut d'autorisation peut être opposée non seulement par le mari mais aussi par la femme elle-même et par ses héritiers ; puisque l'article 136, protégeant la faiblesse de la femme contre l'influence du mari, veut que le tribunal intervienne toutes les fois qu'elle contracte avec lui ou s'oblige à son profit. M. Gide (1) fait grand éloge de cette dernière disposition qui vient au secours de la femme précisément là où ses intérêts sont le plus menacés. Nous ne partageons point cette admiration. Les deux articles que nous venons de citer sont inexplicables si l'on n'admet point que la femme est incapable à raison de sa faiblesse naturelle ; et alors comment concevoir qu'elle puisse gérer ses biens toute seule quand l'autorisation maritale fait défaut ? Nous aussi, mais pour d'autres raisons que M. Laurent, nous accuserons le Code italien d'incohérence, de contradiction, et nous remarquerons combien il est contraire à l'idée de société conjugale, puisque, abolissant en principe (nous le croyons du moins) l'incapacité du sexe, il la ressuscite précisément dans les cas exceptionnels où les époux, s'écartant d'un régime de séparation, unissent leurs intérêts pour une œuvre commune. L'intervention onéreuse du

(1) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 438.

juge entre des époux qui s'entendent est-elle si désirable qu'il faille l'assurer aux dépens de la logique ? Cette séparation défiante et outrée des intérêts n'est pas un fort bon modèle de législation matrimoniale.

## 2. — Régime de Droit commun du Code civil allemand.

La propagande en faveur de la femme est à l'ordre du jour en Allemagne comme ailleurs ; elle a exercé une notable influence sur la refonte qui vient d'y être faite des lois civiles, sans obtenir toutefois un succès aussi complet que dans les pays de langue anglaise. Dès 1876 des sociétés féministes organisées à Dresde et à Berlin adressèrent au Reichstag une pétition pour réformer la situation juridique de la femme, et en 1889, après la première lecture du projet, parurent des brochures où l'on critiquait l'organisation nouvelle du droit matrimonial, et où l'on développait un programme emprunté aux innovations anglaises. Quel fut le résultat de ces efforts (1) ?

Le régime de droit commun en Allemagne s'appelle *Communauté d'administration* (*Verwaltungsgemeinschaft*). On s'étonnera tout d'abord que nous en parlions dans un chapitre consacré à des régimes autres que la

(1) Mme Braun Gizycki, à qui nous empruntons ces détails (Le mouvement féministe en Allemagne, *Revue Politique et Parlementaire*, 10 avril 1889, p. 41-43), dit que le résultat de la campagne fut insignifiant ; *Oui et non*, me semble-t-il ; sur certains points on a trop fait pour la femme, sur d'autres on n'a pas fait assez.

communauté ; la raison en est que ce régime est mal nommé ; il diffère essentiellement de la communauté ; car lorsque certains biens des conjoints sont réunis en une masse unique, ce qui n'arrive point toujours, les gains et les économies réalisés à l'aide de ces biens ne se partagent point entre eux : le mari est seulement tenu de rendre à la femme, dans la liquidation, ce qu'elle a apporté (§ 1421), comme cela se passe en France sous le régime d'exclusion de communauté (art. 1531) ; tous les revenus de ces biens sont présumés avoir été employés à l'entretien du ménage. Ainsi point de *collaboratio*, point de profits communs, donc point de communauté.

Il faut, sous ce régime, distinguer trois patrimoines. 1° les biens du mari dont il reste seul propriétaire, de quelque nature qu'ils soient. 2° Les biens apportés par la femme (*eingebrachtes Gut*) pour subvenir aux charges du ménage. Le mari, pendant toute la durée du mariage, a la jouissance et l'administration large de ces biens, qui en fait se confondent souvent avec les siens ; il est chargé en retour de subvenir aux besoins de la famille, de veiller à l'entretien de ces biens et de les restituer après le mariage. 3° Enfin les biens réservés à la femme (*Vorbehaltsgut*), qui en principe ne contribuent pas à l'entretien du ménage, et que la femme peut aliéner et engager à sa guise comme si elle était séparée de biens (§ 1371).

Par la distribution des biens, ce régime fait penser

au régime dotal ; mais c'est un régime dotal où la dot est aliénable et où ne figure point l'incapacité de la femme. En effet la femme mariée allemande est en principe capable. Cette situation ne résulte pas, comme en Angleterre, d'un brusque changement de législation, préparé pendant de longues années par une jurisprudence d'équité. « A mesure que l'on a mieux distingué le droit public et le droit privé, fait observer Gierke, la capacité de la femme, stationnaire en droit public, s'est accrue de plus en plus en droit privé, au point qu'elle est aujourd'hui établie en principe » (1). Il signale cependant dans le droit successoral quelques vestiges de la *tutelle du sexe*. En matière matrimoniale, la femme jouit d'une entière capacité : elle est seulement obligée de respecter les droits que la loi donne à son mari sur sa personne et sur certains biens (2). Toutes les fois que nous verrons son activité juridique entravée, cela proviendra non point d'une incapacité personnelle, mais de l'indisponibilité des biens qu'elle apporte pour les besoins du ménage, ou des droits d'ordre moral que le mari exerce sur sa personne. Là où les droits du mari ne sont pas mis en jeu, la femme retrouve une indépendance absolue. C'est ce qui a lieu pour les biens réservés : elle en perçoit les revenus, en supporte les charges, les aliène et les grève de droits réels, fait les contrats qui s'y rapportent, intente et soutient les ac-

(1) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, p. 380.

(2) *Motive zum Entwurfe.*, t.IV, pp. 110 et 225.



tions qui les concernent, le tout de sa seule initiative et sans autorisation (1).

Les biens réservés sont de deux sortes : ils comprennent les objets spécialement affectés à l'usage de la femme (vêtements, parures, instruments de travail), et tout ce que la femme gagne par son industrie personnelle (§§ 1366 et 1367), ou encore les biens qui sont acquis au moyen de ceux-là et s'y trouvent subrogés (§ 1370). De tout temps la femme a eu sur les objets affectés à son usage, un droit propre après la dissolution du mariage. Dans le *Miroir de Saxe*, ces sortes de biens, sous le nom de *Gerade*, se transmettaient de femme en femme dans les familles à l'exclusion des hommes (2). La plupart de nos anciennes coutumes attribuaient à la femme, après la communauté, des droits plus ou moins étendus sur ses hardes et vêtements (3) ; les parures et les bijoux faisaient souvent l'objet d'une clause de préciput ; et le Code civil (art. 1492 et 1515) a gardé la trace de ces institutions (4). L'innovation du Code allemand consiste en ce que *dès le temps du mariage* il reconnaît à la femme un droit de propriété absolu sur ces biens. Comme ils étaient

(1) Lehr, *Eléments de droit germanique*, p. 322.

(2) *Sachsenspiegel*, I, 5, 24-27.

(3) V. notamment, Coutume de Tours, article 293, Bourdot de Richelieu, t. IV.

(4) Chez les Romains, où la loi était muette sur ce point, le testament réservait à la femme les objets qui avaient été affectés à son usage. V. notamment au Digeste, XXXII, *de legatis*, lois 45, 47-49.

normalement fournis par le mari sur les revenus du ménage, on les avait considérés d'abord comme biens apportés, avec cette réserve qu'*ils n'étaient pas soumis à l'usufruit du mari*. La formule parut malheureuse, appliquée à des objets essentiellement féminins, et l'on préféra les déclarer franchement *biens réservés* (1). Quand il s'agit d'objets de luxe, il n'est sans doute point défendu au mari de s'en réserver par une clause la propriété, car il n'est pas tenu de fournir à sa femme des parures coûteuses.

La tendance favorable à la femme se manifeste bien plus dans la disposition suivante : la femme a la pleine propriété de ce qu'elle gagne par son travail. La loi n'a plus l'air de consacrer l'iniquité d'un mari qui s'empare de l'argent gagné par sa femme pour aller le boire ou le jouer. Elle permet à la femme de se constituer par son travail un petit pécule, un fonds de réserve pour les mauvais jours, elle la protège dans sa fonction d'économie contre le mari et les créanciers du mari. Elle la protégerait mieux encore si elle ne présumait (§ 1362) que toute chose mobilière qui se trouve entre les mains de l'un des époux est comprise dans le gage des créanciers du mari. Mais cette présomption nécessaire au crédit du mari peut être facilement combattue par la femme (2). En sens inverse on peut craindre que la

(1) Schröder, *Das eheliche Güterrecht*, p. 12.

(2) Schröder (*loc. cit.*, p. 13) dit que cet article sacrifie la femme aux créanciers du mari. Sa critique est exagérée.

femme ne fasse mauvais usage du produit de son travail et de ses économies, ou que l'appât de l'indépendance ne l'entraîne dans des entreprises qui lui fassent négliger les soins de son ménage. De ces deux cas le second est seul prévu par la loi. Quand la femme s'est engagée sans le consentement de son mari à une prestation personnelle envers un tiers, quand elle a par exemple loué son travail, contracté une société, entrepris un mandat, le mari peut, à un moment quelconque, dénoncer ce rapport juridique, pourvu que le *tribunal des tutelles* l'y autorise ; et ce tribunal commencera par examiner, à sa requête, si l'activité de la femme porte atteinte aux intérêts conjugaux (§ 1358). On a fort insisté dans les travaux préparatoires sur cette considération qu'il s'agissait non pas de rescinder un engagement de la femme comme on annule un engagement de mineur par défaut de capacité, mais de protéger les droits du mari sur la personne de sa femme ; on en a conclu que l'opposition du mari n'avait d'effet que pour l'avenir, que les effets déjà produits par suite de l'engagement subsistaient, et que les prestations en retard, si elles ne pouvaient plus être exigées, donnaient lieu à des dommages et intérêts (1).

Mais supposons que la femme fasse de ses biens réservés un usage que le mari désapprouve, qu'elle vende par exemple les bijoux qu'il lui a donnés, pour satis-

(1) *Motive*, t. IV, p. 111-112.

faire des goûts excentriques. Il est clair que le mari ne peut faire restituer les bijoux . Mais peut-il prévenir le retour de pareille sottise en demandant au tribunal des tutelles de restreindre pour l'avenir les droits de sa femme sur ses biens réservés ? Aucun texte ne le dit, et le tribunal qui inaugurerait cette jurisprudence ferait pousser les hauts cris aux défenseurs de la femme ; il comblerait pourtant une lacune de la loi et ferait encore de bonne politique sociale : en France les inconvénients du régime matrimonial conduisent les femmes à demander le divorce ; en Allemagne le rôle de demandeur passera sans doute au mari.

Cette lacune de la loi est d'autant plus regrettable que la femme, outre ses biens réservés légaux, peut en avoir de conventionnels qui sont parfois considérables. Ce sont les biens qu'elle s'est réservés par son contrat de mariage, et ceux qu'elle acquiert gratuitement entre vifs ou à cause de mort lorsque le défunt ou le donateur ont déclaré qu'ils seraient biens réservés ; enfin les biens qui sont subrogés à ceux-là (§§ 1368-1370). « Ainsi, dit un auteur allemand, les avantages de la séparation de biens, assurés à la femme dans les classes peu fortunées où elle est obligée de travailler de son côté, peuvent être obtenus dans les milieux plus aisés par contrat de mariage et par mention spéciale dans les donations ou dispositions de dernière volonté (1). » Loin de nous la

(1) Schröder, *loc. cit.*, p. 14.

pensée de contester ces avantages. Mais si l'on permet à la femme de se constituer un patrimoine indépendant, la puissance maritale, dont le Code allemand reconnaît les principes, exigerait au moins que le mari eût le droit de la surveiller dans la gestion de ce patrimoine, et, en cas de graves abus, d'en référer aux tribunaux.

La puissance maritale, un peu sacrifiée sur ce point, est au contraire nettement affirmée en ce qui concerne la gestion des biens apportés. Le mari est administrateur et usufruitier des biens que sa femme lui apporte pour subvenir aux charges du ménage. Ce double titre est « l'expression d'un droit domestique qui est attribué au mari en sa qualité de chef, de la même façon qu'au père sur les biens de ses enfants (1) ». Quels pouvoirs résultent de ce droit ? à quoi limite-t-il le droit de propriété de la femme sur les biens qu'elle apporte ? quelles obligations impose-t-il au mari comme contrepartie ? enfin dans quelle mesure la femme peut-elle prendre part à l'administration de ces biens ? Voilà les questions qu'il nous faut envisager.

Le mari n'a pas en principe le droit d'aliéner les apports de sa femme sans son consentement. Il ne le peut que dans les cas d'aliénation qui constituent des actes de large administration, ou l'exercice pur et simple de son usufruit sur des choses qui se consomment par le premier usage (§ 1375-1377). Dans les cas où des alié-

(1) Schröder, *loc. cit.*, pp. 9-10.

nations plus importantes deviennent nécessaires et où la femme refuse son consentement, le mari doit en référer au tribunal des tutelles qui suppléera, s'il y a lieu, le consentement de la femme (§ 1379). Il les exploite d'ailleurs de la manière qui lui convient, et en perçoit à son seul profit tous les revenus.

Ces droits du mari ont pour conséquence que la femme, bien qu'elle reste seule propriétaire des biens apportés, n'en peut plus disposer sans son assentiment (§ 1395). « Ces bornes mises à son droit de disposition n'ont d'autre fondement que le droit du mari. C'est la conséquence du droit réel particulier du mari (1). » Le droit du mari est d'ailleurs soumis au contrôle du tribunal des tutelles qui peut suppléer son consentement, si son refus est injustifié (§ 1402, cf. § 1379). Quel est donc le sort d'un acte par lequel la femme a disposé seule d'un de ses apports ? Si c'est un acte unilatéral, il est nul (§ 1398). Si c'est un contrat, comme la rescision de l'acte peut faire éprouver un préjudice au tiers, on le maintient provisoirement, et sa validité dépend de l'approbation du mari ; mais du jour où le mari a refusé son approbation, l'acte est nul définitivement et *erga omnes* (§ 1396). On aurait pu s'attendre (et c'est ce qui avait été proposé d'abord) que l'acte nul à l'égard du mari resterait valable à l'égard des tiers ; mais on a pensé que ce serait une source de conflits entre le mari

(1) *Motive*, t. IV, p. 225.



et ceux qui auraient contracté avec la femme, et que « le seul moyen de garantir au mari la possession paisible de l'apport, était de soumettre absolument à l'approbation du mari la validité de l'acte passé par la femme ». On aurait pu encore, comme chez nous au XIII<sup>e</sup> siècle, suspendre l'efficacité de l'acte jusqu'aujour où le mariage viendrait à se dissoudre ; cette solution a paru peu pratique, et l'on a préféré permettre au mari de régler immédiatement la situation en accordant ou en refusant son approbation.

On avait proposé, puisque le droit de propriété de la femme sur son apport était limité par le droit *réel* du mari, de ne rendre cette restriction opposable aux tiers que s'ils en avaient été prévenus par une mention sur le Livre Foncier. C'était très logique, mais inutile et peu pratique ; inutile, parce qu'il est généralement facile de savoir si la femme avec qui l'on contracte est mariée, et que, si elle présente le bien en question comme un bien réservé, on peut se renseigner auprès du mari ; peu pratique, parce qu'il faudrait des mentions multiples sur le Livre Foncier pour indiquer que les droits de la femme propriétaire sont restreints ou rétablis, à mesure que se produiraient les mutations de propriété, les mariages, les décès ou les séparations (1).

En retour de son droit de jouissance sur les biens apportés, le mari est obligé d'en prendre soin. Son ad-

(1) *Motive*, pp. 237-238.

ministration est pour lui un devoir autant qu'un droit, et il ne lui est pas permis de s'en exonérer. « Le Code, est-il dit dans les motifs, ne reconnaît pas au mari le droit de se désister de sa jouissance et de son administration : car la situation qui lui est faite dans le régime légal profite à la femme aussi bien qu'à lui. Sans doute le mari peut être tenté de se désister parce qu'il trouve les charges de l'administration trop onéreuses ; mais le paiement des intérêts, prestations et frais n'est jamais mis à sa charge que dans la mesure des revenus qu'il tire de son usufruit ou qu'il en devrait tirer d'après les règles d'une sage administration (1). » Non seulement le mari doit supporter toutes les charges de l'usufruit (§ 1304), mais il est obligé par les diverses créances de sa femme, qui n'ayant point spécialement rapport à ses biens séparés, étant d'autre part approuvées par lui, grèvent les biens apportés (2) ; il répond des frais des procès intentés par sa femme et contre elle, à moins qu'il ne s'agisse uniquement des biens réservés ; enfin il doit tirer des revenus de ces biens de quoi subvenir à l'entretien de la famille (§§ 1385-1389).

Le mari est obligé d'administrer régulièrement les biens apportés ; et la femme, au lieu d'attendre comme

(1) *Motive*, pp. 294-295.

(2) *Idem*, p. 199 : « Comme la femme n'a pas régulièrement de revenus courants, il faut d'un autre côté, pour répondre à l'équité, que le mari s'engage à l'égard de sa femme à supporter en principe les obligations de sa femme, auxquelles celle-ci, dans une organisation ordinaire, ferait face par ses revenus courants. »

dans notre communauté la fin du mariage pour lui demander ses comptes, peut intervenir utilement dans la gestion et s'assurer que son mari suit les prescriptions de la loi (§ 1374). Elle veillera à ce qu'il place l'argent inutilisé conformément aux dispositions sur le placement des deniers pupillaires (§ 1377, al. 2) ; elle exigera que le produit des apports soit employé d'abord, suivant leur destination propre, à l'entretien de la famille (§ 1389). Enfin si la conduite du mari lui fait craindre que ses apports ne soient gravement compromis, elle demandera qu'il lui donne des sûretés, qu'il consigne ses valeurs ou les convertisse en titres nominatifs (§§ 1391-1393). Et toutes les fois que le mari résistera aux instances de sa femme, ce sera le tribunal des tutelles qui tranchera le conflit.

Ce système attribue à la femme des pouvoirs certainement considérables dans la gestion des intérêts pécuniaires. Si on le compare au système français, on voit qu'elle y intervient d'une façon très différente. Chez nous la femme est armée d'avance par la loi contre son mari, et quand elle se mêle des intérêts du ménage, c'est pour renoncer à une partie de ses garanties, c'est pour faire une concession au mari. En Allemagne au contraire elle n'élève jamais la voix que pour combattre son mari et se garantir contre ses abus. Lequel des deux systèmes vaut le mieux? On préférerait sans aucun doute celui où l'opposition de la femme se traduit d'une façon pour ainsi dire négative, par des refus de consente-

ment, par l'abstention de tout engagement personnel, à celui où elle est obligée de prendre l'initiative de la lutte et d'entrer activement en conflit avec son mari. Mais nous savons que le système français, purement défensif, n'assure à la femme qu'une protection incomplète et parfois illusoire. Sans abandonner l'hypothèque légale et ses précieux avantages, peut-être y aurait-il lieu de la compléter, là où elle est insuffisante, par quelques emprunts à la méthode qu'inaugure le Code allemand. Mais il me paraît dangereux d'établir légalement le contrôle général et incessant de la femme sur les actes du mari : on risque de faire dégénérer en luttes judiciaires quantité de petites mésintelligences entre époux.

En ce qui touche les attributions domestiques de la femme, le Code allemand, n'étant point gêné par l'incapacité de la femme, a pu lui reconnaître des pouvoirs propres et lui imposer des responsabilités personnelles. Sa solution n'est pourtant pas à l'abri de toute critique. La théorie du mandat tacite ne s'était pas établie et généralisée en Allemagne comme en France : on était resté fidèle à d'anciennes traditions, qui sans doute furent aussi les nôtres aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, et d'après lesquelles la femme avait un *droit aux clefs* (*Schlüsselgewalt*) légal et presque indépendant. La femme était déclarée habilitée à *disposer de son bien et de celui de son mari* jusqu'à concurrence d'une certaine somme d'argent (1). Le législateur n'avait donc qu'à re-

(1) *Motive*, p. 117.

cueillir et à préciser ces traditions telles qu'elles s'étaient perpétuées dans le Landrecht (II, 1 §§ 321-324) et le Code saxon (§ 1645). Or le paragraphe 1357 est ainsi conçu : « Dans la sphère de son action domestique, la femme a le droit de soigner les affaires du mari et de le représenter. Les actes juridiques qu'elle fait dans ces limites *sont censés faits au nom du mari, à moins que le contraire ne résulte des circonstances.* » Les motifs expliquent que, l'entretien de la famille étant toujours, en principe, à la charge du mari, la femme doit être censée avoir agi en son nom : « Le droit de la ménagère réside surtout dans le droit de représentation qui y est lié. » Ils ajoutent : « Elle peut aussi, au besoin, agir en son propre nom pour le compte de son mari, de sorte que non seulement lui, mais elle aussi soit rendue créancière et débitrice par l'acte juridique ; elle peut alors demander à son mari qu'il la libère de son obligation. Il faut prendre en considération que le tiers peut avoir intérêt à devenir créancier de la femme et qu'il n'y a aucune bonne raison pour interdire à la femme de s'engager de la manière susdite (1). » Le tiers, me semble-t-il, a toujours intérêt à devenir créancier de la femme. D'après le Code allemand, il devrait le stipuler : mais on admet que cette stipulation peut être tacite et *résulter des circonstances*. Cette formule est bien vague. Ne vaudrait-il pas mieux présumer que la femme, lors-

(1) *Motive*, p. 418.

qu'elle achète à crédit pour les besoins du ménage, s'oblige subsidiairement sur ses biens réservés, pour le cas où le mari deviendrait insolvable ? On dit que c'est « exposer la femme à des prétentions injustes et tout au moins onéreuses ». Vaut-il mieux exposer le tiers à des surprises désagréables ? Le Code allemand favorise injustement la femme aux dépens du tiers, en décidant qu'au cas de revers subit du mari, la femme pourra en principe soustraire tous ses biens aux conséquences d'un luxe qu'elle a pourtant ordonné et dont elle a joui. Il réalise d'ailleurs un grand progrès sur le nôtre à deux points de vue : d'abord il permet aux fournisseurs de vendre en toute sécurité, et à la femme de vivre sur ses propres ressources, malgré l'insolvabilité avérée du mari. Ensuite il donne à la femme un droit *légal* de représentation, et décide que, si le mari retire arbitrairement ce droit à la femme, celle-ci peut se pourvoir contre cet abus devant le tribunal des tutelles (§ 1357, al. 2). Notre jurisprudence approche sans doute de ces résultats ; mais c'est par des tours de force d'interprétation et quelquefois aux dépens de la logique.

Pour compléter cet exposé du rôle de la femme dans la gestion des intérêts pécuniaires, il reste à savoir dans quelle mesure elle peut remplacer son mari au cas d'empêchement. Les législateurs allemands ont longuement discuté s'il convenait d'établir en règle générale entre les époux un pouvoir réciproque de représentation pour des cas de ce genre. Ils n'ont point méconnu



« que cette règle aurait pour base une pensée naturelle issue des rapports mêmes que le mariage établit entre les époux » ; ils l'ont pourtant repoussée sous prétexte que dans ses applications elle apporterait au conjoint empêché plus de dommage que de profit, et que les tiers auraient peine à se rendre compte si les conditions du pouvoir de représentation existaient (1) ; ils ont donc décidé qu'en dehors d'une procuration expresse, il faudrait appliquer les principes généraux sur la gestion d'affaire et sur l'enrichissement aux dépens d'autrui. Le paragraphe 1401 décide pourtant que l'engagement personnel de la femme produit effet quant aux biens apportés, lorsque par maladie ou absence le mari est empêché de donner déclaration, et qu'il y a péril en la demeure, mais cette exception paraît être limitée aux actes strictement nécessaires (2).

En résumé, le Code allemand, qui a déduit de la capacité de la femme mariée, certaines conséquences exagérées quant à ses biens réservés, n'en a point tiré tout le parti désirable en ce qui touche la gestion des biens matrimoniaux. C'est que le régime de la *Verwaltungsgemeinschaft* est fort étranger à toute idée de communauté. Maintenant que nous en connaissons le mécanisme, nous pouvons essayer de le définir. C'est en réalité une combinaison de la séparation de biens et de l'exclusion de communauté. Les droits de la femme sur

(1) *Motive*, pp. 120-121.

(2) *Idem*, p. 240.

ses biens réservés ressemblent beaucoup à ceux de la femme anglaise sur son patrimoine ; et d'autre part les droits du mari sur les biens matrimoniaux, dont il conserve pour lui seul tous les revenus à charge de subvenir à l'entretien de la famille, font penser forcément à l'exclusion de la communauté. Pourquoi ce régime complexe a-t-il paru plus propre que tout autre à devenir régime de droit commun ? Parce qu' « on a cru plus prudent et plus juste de limiter le plus étroitement possible les modifications introduites par le mariage, en vertu de la loi elle-même, dans les relations des époux quant à leurs biens, et de laisser aux intéressés la liberté d'aller plus loin par contrat, s'ils le jugent à propos » ; parce qu' « il est beaucoup plus aisé pour les époux, si le régime légal est une simple communauté d'administration, de se soumettre par contrat à la communauté universelle ou à telle autre communauté de biens, que de supprimer au contraire ou de restreindre la communauté de biens qui constituerait le régime légal » (1). On a si bien limité les effets du mariage quant aux biens, que l'on a entièrement mis de côté la notion de société conjugale, pour en revenir à la fiction romaine qui fait de la femme la pensionnaire du mari, et cela au moment même où l'on proclamait la capacité de la femme. Ainsi l'on se trouve avoir conservé l'effet en supprimant la cause, et bien que l'on ait proclamé l'é-

(1) *Motive*, p. 160.

galité des sexes, la situation de la femme dans le mariage ne paraît pas avoir sensiblement gagné en dignité. Qu'on en juge par ce passage des motifs : « L'administration des deux fortunes est conférée à l'homme ; il est aussi, d'après les conditions économiques actuelles, l'agent le plus habituel et le plus ordinaire des gains, tandis que sa femme l'aide seulement dans la tenue de la maison et dans les affaires. De lui donc dépend principalement le montant des recettes. D'autre part, c'est à lui que revient en vertu de ses droits de maître de maison, la mission de fixer le train de vie du ménage et l'emploi que l'on fera des fonds. De lui donc dépend le montant des dépenses matrimoniales. Cela étant, il ne peut sembler que juste et naturel de le rendre seul garant que les dépenses matrimoniales seront couvertes par les recettes, et de l'obliger à couvrir seul le déficit lorsqu'il s'en produit un. Pour les mêmes motifs, il doit seul aussi recueillir l'excédent des recettes ; supportant seul les risques, il doit seul profiter du bénéfice (1). » Voilà un raisonnement d'une logique mathématique ; est-il fondé sur une observation consciencieuse des faits ? Libre à la femme d'avoir son pécule indépendant : dans le ménage elle n'est qu'un zéro, c'est le mari qui fait tout. Est-ce là l'organisation actuelle des familles allemandes ? Le législateur leur offre un triste idéal pour leur organisation future.

(1) *Motive*, pp. 156-157.

## CHAPITRE IV

### LES RÉFORMES FAVORABLES A LA FEMME DANS LA COMMUNAUTÉ.

#### 1. — Communauté conventionnelle en Italie et en Allemagne.

Les législations qu'on vient d'étudier organisent à côté de leur régime de droit commun des communautés conventionnelles. Nous dirons peu de chose sur la communauté italienne qui est mal établie et peu employée. L'article 1434 porte que, si les époux se bornent à adopter le régime de communauté sans entrer dans plus de détails, il faudra appliquer les règles du contrat de société. Cette indication sommaire ne suffit certes pas à trancher tous les problèmes ; car si le Code italien conserve la puissance maritale, il en résulte forcément que la société conjugale n'y peut être organisée sur les mêmes bases que les sociétés ordinaires ; je suppose notamment que les droits d'administration et de jouissance reviennent légalement au mari. Cette organisation trop simpliste n'est peut-être pas dépourvue de dangers. Les articles suivants contiennent une disposition bien plus étrange : ils défendent aux époux de contracter une communauté plus étendue que la communauté d'acquêts. Dans

cette disposition prohibitive on retrouve l'esprit de défiance qui est au fond du régime dotal et qui inspire toute la législation matrimoniale italienne. On s'étonne de trouver, dans un code moderne et empreint par ailleurs d'un esprit libéral, une dérogation aussi grave à la liberté des conventions. « Pourquoi, demande-t-on, entraver ainsi la volonté des époux ? quel intérêt politique et économique pouvait-il y avoir à restreindre ainsi leur liberté ? Dira-t-on que la communauté est antipathique aux populations italiennes ? Raison de plus pour laisser les rares personnes qui voudront adopter le régime de communauté libres de l'organiser au gré de leurs désirs (1). » Cette observation nous confirme encore dans la pensée que la loi italienne, malgré les principes posés en 1865, n'a pas encore entièrement renoncé à l'idée que les époux et particulièrement la femme, incapables de se protéger eux-mêmes, ont besoin que la loi prenne leur défense. De tous les pays d'Europe, l'Italie est celui qui, à cet égard, a le plus conservé l'empreinte romaine.

La communauté allemande mérite un plus long examen ; par quelques-unes de ses conséquences pratiques, elle est fort supérieure à la nôtre. Si nous avons critiqué le régime de droit commun du nouveau Code civil allemand, la communauté conventionnelle, telle qu'il l'organise, mérite au contraire nos éloges sur plus d'un

(1) Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon* (Paris, 1868), p. 264.

point. On regrette seulement que ce régime, qui unit étroitement les intérêts des époux, n'ait pas été adopté comme règle ordinaire de leurs relations pécuniaires. Nous avons eu occasion déjà de nous expliquer sur ses origines et sa construction doctrinale (1). La communauté allemande est issue d'un vieil usage jadis répandu en Saxe, en Souabe, en Bavière, qui réunissait tous les biens des époux en une seule masse, sans attribuer à l'un ni à l'autre de droits de propriété définis sur ce patrimoine, de telle sorte que leur consentement commun était nécessaire pour tout acte de disposition. Cette institution, qui régla dans le vieux droit allemand bien d'autres rapports que les relations pécuniaires entre époux, était appelée du nom générique de *gesammte Hand* (main commune), parce que l'on figurait cette fusion de deux personnes et de deux patrimoines par le symbole de deux mains entrelacées (2). Cette théorie, qui ne nous paraît pas utile pour l'analyse de la communauté française, est-elle indispensable pour rendre compte de la communauté allemande ? Elle lui sert, aujourd'hui encore, de base doctrinale et on y a recours pour expliquer comment les conjoints ne peuvent ni demander le partage ni aliéner leur part de communauté (§ 1442), com-

(1) V. *suprà*, pp. 146-147, les références indiquées, et les rapports de M. Bufnoir à la Société de législation comparée.

(2) Sur la nature de la *gesammte Hand* et ses applications diverses, V. Gierke, pp. 663-670.



ment le concours de la femme est nécessaire au mari pour engager ou aliéner soit des fonds communs soit l'ensemble de la communauté (§§ 1444-1445). « Ces dispositions expriment le lien dans lequel se trouve enchaînée la part d'intérêt de chaque époux dans les biens communs, dépendance qui résulte de la destination même des biens communs : car ils sont faits pour servir, pendant la durée de la communauté, non pas aux intérêts particuliers des époux, mais aux intérêts de la communauté conjugale (1). » Ce passage emprunté aux motifs du Code allemand donne la raison d'être, véritable et vivante, des restrictions apportées aux pouvoirs de chacun des époux sur les biens qu'il apporte en communauté : ces biens sont *affectés à un usage spécial qui doit durer autant que le mariage lui-même* ; cette simple phrase, qui présente à l'esprit une notion plus nette que la théorie abstraite de la gesammte Hand, suffit à en justifier toutes les conséquences. Est-il donc bien utile, même pour l'interprétation de la communauté allemande, de s'appesantir sur cette doctrine qui peut satisfaire le goût des Allemands pour l'abstraction, mais qui ne jette aucune clarté nouvelle sur les règles de cette institution ?

Le Code allemand organise des communautés plus ou moins étendues ; contentons-nous d'étudier la communauté universelle, qui en est le modèle le plus com-

(1) *Motive*, pp. 337-338.

plet. Elle comprend tous les biens des époux : mais les deux conjoints, le mari aussi bien que la femme, peuvent se réserver des biens par contrat de mariage ou en acquérir par l'effet d'une libéralité (§ 1440). Dans le régime de droit commun, il n'y avait aucune raison pour réserver des biens au mari ; au contraire, dans une communauté qui doit aboutir à un partage par moitié, le mari peut avoir de bonnes raisons pour vouloir garder en propre une partie de sa fortune. Il n'y a pas de biens réservés légaux ; l'innovation qui réserve de plein droit à la femme le produit de son travail, n'est faite que pour le régime de droit commun ; il ne faut pas trop s'en étonner, car dans un régime conventionnel, la femme fera par contrat telle réserve qu'il lui plaira. Il vaudrait mieux pourtant que le droit de la femme au produit de son travail fût une mesure légale commune à tous les régimes.

Le mari a de larges pouvoirs sur les biens communs : il peut même en disposer à titre onéreux ; mais il ne peut en aliéner l'ensemble, ni grever ou vendre un immeuble à moins que la femme n'y consente ; enfin toute donation de biens communs, sauf les présents d'usage, doit obtenir l'assentiment de la femme (§ 1446). Ces pouvoirs, moins larges que ceux qui lui sont attribués chez nous, sont certainement plus conformes à sa fonction de libre administrateur. Si la femme refuse sans motifs son consentement, on en réfère au tribunal des tutelles (§ 1447) ; si le mari passe outre, de sa seule

autorité, la validité de l'opération dépend de l'approbation que la femme peut donner ou refuser dans la suite (§ 1448). Ce n'est pas la première fois que nous voyons le tribunal des tutelles intervenir pour trancher les conflits entre époux. L'immixtion des magistrats dans les affaires domestiques est toujours une chose fâcheuse ; aussi convient-il de la réduire au minimum en donnant au mari le droit de décider sans appel dans toutes les occasions où ses abus eux-mêmes ne peuvent porter un trop grave préjudice à la femme. Mais quand un différend s'élève entre époux sur des questions d'intérêt majeur, il faut bien que la justice intervienne. Notre loi apprécie en général d'une façon bien trop large les actes que le mari peut faire même contre le gré de sa femme ; et d'un autre côté elle impose à la femme des autorisations de justice inutiles. Le Code allemand donne avec raison au tribunal des tutelles un rôle plus important comme juridiction contentieuse et restreint au contraire ses fonctions comme juridiction gracieuse. Cependant le paragraphe 1447 impose *même au mari* l'obligation de se faire autoriser par le tribunal des tutelles lorsque, sa femme étant malade, absente ou empêchée, il veut procéder à l'un des actes pour lesquels est requis le concours des deux époux. Ce texte peut être critiqué comme entravant sans nécessité la liberté du mari. Il s'explique pourtant par la gravité des actes en question, et marque bien nettement que le mari *administre* seulement la part de sa femme dans la communauté, et qu'en dehors des pouvoirs que lui donne la loi, il ne peut rien faire de sa seule initiative.

La femme, outre son *droit aux clés* qui est une conséquence générale du mariage et se retrouve sous tous les régimes, a le droit de gérer les affaires communes à la place de son mari lorsqu'il en est empêché ; s'il est incapable, elle peut se faire nommer sa tutrice, et alors l'administration de la communauté devient pour elle un devoir autant qu'un droit (§ 1457) ; de même, s'il est malade ou absent, « elle peut *en son propre nom ou au nom de son mari* faire les actes juridiques et soutenir les procès relatifs aux intérêts communs » (§ 1450). Elle a donc le choix de se présenter comme associée ou comme préposée du mari ; et, à moins qu'il ne s'agisse de faire des actes qui exigent le concours des époux, aucune autorisation de justice ne lui est nécessaire : elle est aussi capable que son mari, et si elle lui laisse ordinairement la direction des affaires, c'est uniquement à cause de la puissance maritale. Le paragraphe 1453 montre sur le vif que la femme capable n'est restreinte dans sa liberté d'action que par cette puissance du mari : quand une succession ou un legs lui sont dévolus, elle est libre d'accepter ou de répudier ; lorsqu'on lui fait une offre de contrat ou de donation, elle peut refuser, mais il ne lui est point permis d'accepter sans que son mari y consente : le mari a peut-être une raison morale plus encore que pécuniaire, de s'opposer à l'opération.

Le Code allemand, sans établir dans la communauté une égalité parfaite de situation entre mari et femme, a

su, mieux que le nôtre, répondre au vœu des philosophes en assurant aux deux époux « égalité de bien-être et d'honneur dans l'inégalité des fonctions ». On n'y trouve aucun des privilèges exorbitants que la loi française donne à la femme après la dissolution de la communauté ; mais on n'y voit pas figurer non plus les pouvoirs exagérés du mari. Comme le mari n'est pas tout dans la communauté, il a, comme la femme, le droit d'en demander la dissolution dans le cas à vrai dire exceptionnel, où il voit ses intérêts personnels compromis par les actes de la femme (§ 1469). Cette disposition très remarquable ne se trouvait point dans le premier projet. On l'introduisit en 1896 (seconde lecture, n° 1367), et voici sur quels motifs elle fut fondée (1) : le mari, sous ce régime, peut avoir des biens réservés qui ne répondent des dépenses d'entretien que pour le cas où la communauté est insuffisante. Or il peut arriver que la communauté soit obérée par des dettes que la femme avait contractées avant le mariage et qui étaient restées inconnues au mari, de telle sorte que ses biens réservés se trouvent, contre son attente, absorbés par l'entretien du ménage. Sans doute après la dissolution de la communauté, la femme devra rendre raison des sommes qui auront été payées pour elle ; il n'en est pas moins vrai que le mari voit ses intérêts et ses gains à venir gravement compromis. Puisque le paragraphe 1468-5

(1) *Protokoll der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes*, IV, p. 279.

donnait à la femme le droit de demander la séparation de biens pour sauvegarder ses biens réservés, il a paru juste de reconnaître le même droit au mari. Cette innovation rapproche encore la communauté de la société ordinaire. Le rôle de gérant du mari, son obligation alimentaire, fournissent à la femme d'autres motifs de séparation de biens ; mais lorsqu'il s'agit de la protection de biens réservés, les deux conjoints sont traités comme deux associés absolument égaux en droit. Si l'on augmentait dans la communauté française les droits et les pouvoirs de la femme, il y aurait sans doute lieu aussi de diminuer la différence énorme qui existe entre les époux au point de vue de leurs garanties réciproques.

## 2.— La communauté en Espagne et en Portugal.

La péninsule espagnole est restée longtemps imbue des traditions romaines. Depuis plusieurs siècles pourtant la communauté y existait à côté du régime dotal. Mais c'est seulement dans les codes récents qu'elle a pris la première place, en même temps que l'on effaçait de la loi l'incapacité du sexe. Cette coïncidence caractéristique montre que le régime de communauté peut fort bien s'allier à des idées libérales en faveur de la femme.

Le Code espagnol de 1889 (1) a adopté comme régime de droit commun la *Société d'acquêts* et déclare

(1) Traduction Levé, pp. 258 et suiv.



qu'elle sera régie par les règles du contrat de société pour tout ce qui n'est pas expressément prévu par la loi (art. 1395). Comme chez nous, le mari en est administrateur légal avec pouvoirs d'aliéner et d'engager seul les biens communs, pourvu que ce ne soit pas en fraude des droits de la femme (art. 1413). Mais il n'en peut disposer seul entre vifs à titre gratuit, si ce n'est pour doter des enfants communs, ce qui est une obligation légale à l'égard des filles, ou pour faire des dons modérés dans une intention de piété et de charité, et à condition qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (art. 1315, 1409, 1340). Comme il est chargé d'administrer les propres de sa femme, dont les revenus tombent en communauté, celle-ci a besoin de son autorisation pour aliéner, acquérir, s'obliger ou comparaître en justice (art. 60 et 61). Mais n'étant pas incapable, elle le supplée de plein droit avec les mêmes pouvoirs que lui dans la gestion des biens communs, lorsqu'il est incapable ou déclaré absent, et peut le suppléer avec autorisation du tribunal dans d'autres cas où il se trouve empêché (art. 1441) ; de même elle oblige la communauté et s'oblige elle-même par les actes qu'elle fait pour l'entretien journalier ; mais comme le mari est en principe chargé de subvenir aux besoins de la famille, elle peut exiger, lorsque les créanciers la poursuivent, qu'ils discutent préalablement les biens communs et les propres du mari (art. 1362) (1). Ainsi la femme dans ses fonc-

(1) Voici comment est conçu ce texte important : « Les biens

tions domestiques, s'oblige comme caution du mari. Cette solution est excellente : tout en respectant les intérêts des tiers et en donnant à la femme le crédit personnel dont elle a besoin, elle tient compte de l'idée que la charge alimentaire doit peser d'abord sur le mari. La notion de société conduirait sans doute à considérer la femme comme obligée au même titre que son mari ; mais cette dérogation aux principes se justifie par les devoirs spéciaux que le mariage impose au mari.

Si le Code espagnol a su régler d'une façon heureuse les pouvoirs de la femme comme ménagère et comme remplaçante de son mari, sur d'autres points, il prête à la critique. On peut encore lui reprocher, quoique dans une moindre mesure qu'au nôtre, de reconnaître au mari des pouvoirs trop étendus et trop indépendants pour aliéner et obliger les biens communs. On peut, pour des actes aussi importants, associer la femme aux décisions du mari, sans nuire à l'unité de direction. On va voir que le Code portugais, quoique plus ancien, a mieux compris, nous semble-t-il, le droit de délibération que réclament pour la femme les tendances et les usages modernes.

D'après le Code portugais de 1867 (1), le régime de droit commun est la communauté universelle : les époux

composant la dot non estimée répondent des dépenses journalières que la femme fait et fait faire pour les besoins ordinaires de la famille et que tolère le mari ; toutefois, dans ce cas, on devra discuter préalablement les biens acquêts et les propres du mari. »

(1) Traduction Lepelletier, pp. 248 et suiv.

ne gardent en propre, de plein droit, que les objets affectés à leur usage personnel. Il leur est d'ailleurs loisible de restreindre par convention leur communauté ; et une disposition très remarquable permet à la femme de « se réserver à titre d'épingles par contrat de mariage une partie de ses revenus, et d'en disposer librement, pourvu que cette réserve n'excède pas le tiers de ses revenus liquides » (art. 1104). Cette disposition, qui met la femme à même de se constituer un fonds d'économies, est excellente en principe. On regrette seulement qu'elle ne soit point légale, et que d'autre part la loi n'organise aucun contrôle de l'emploi que la femme peut faire de ce revenu réservé.

De droit commun tous les biens sont entre les mains du mari qui en est administrateur légal et nécessaire (art. 1117), mais dont les pouvoirs sont strictement limités : il doit obtenir le consentement de sa femme pour aliéner un immeuble (art. 1119) ou pour faire une donation. Si la femme oppose une résistance mal fondée, la justice décide. De même, s'il contracte dans son propre intérêt une obligation de quelque importance, elle n'est pas exécutoire sur les biens communs, à moins que la femme n'ait donné son consentement : s'il n'a pas de biens propres, ses créanciers devront attendre la dissolution de la communauté (art. 1110). Le seul cas où la femme ne pourrait s'opposer à la saisie des biens communs, est celui où l'engagement contracté par le mari dans son intérêt était indispensable, et où

pour un motif quelconque, elle se trouvait dans l'impossibilité d'accorder son consentement (art. 1114). Jusqu'ici rien qui décèle la suprématie du mari ; car sur tous ces points la femme a exactement les mêmes droits que lui. L'égalité des époux se manifeste encore dans l'article 1113, aux termes duquel les époux se doivent un compte réciproque des sommes qui ont été payées sur la communauté au profit exclusif de l'un d'eux ; et le solde de ce compte est recouvrable *même sur les propres de la femme* si, balance faite des droits respectifs, le mari reste en définitive créancier. Ce qui caractérise le rôle du mari comme chef de la communauté c'est qu'il peut faire seul tous les actes de large administration (baux, placements, etc...) avec les dépenses et les engagements qu'ils nécessitent, et que d'une façon générale la communauté supporte les conséquences de tous les actes faits par lui *dans l'intérêt commun*. Au contraire il pourrait désavouer les actes de ce genre que ferait la femme de sa seule initiative, hors le cas où il est lui-même empêché et où elle le remplace de plein droit (1). A moins d'être autorisée par son mari, la femme n'oblige pas normalement la communauté par les actes qu'elle fait dans la sphère de ses attributions

(1) Voici, sur ce point, ce que décide l'article 1115 : « La femme ne peut contracter des dettes sans l'autorisation de son mari, à moins qu'il ne soit *absent* ou *empêché* et qu'à raison du motif pour lequel la dette est contractée, il soit impossible d'attendre son retour ou la cessation de l'empêchement. »

domestiques. Encore le mari peut-il refuser de payer les dépenses si elles sont excessives.

Cette législation a une notion très juste de la société conjugale : mise en commun de tous les biens, avec possibilité de faire des réserves pour éviter les avantages excessifs qui résulteraient de l'inégalité des apports ; pouvoirs de direction conférés au mari ; rôle propre de la femme comme ménagère et comme suppléante du mari , enfin concours des deux époux pour tous les actes graves et les dérogations à la marche normale de leur société ; ce sont des dispositions excellentes. Il y a pourtant une lacune ; ce code ne s'est pas assez préoccupé d'assurer à la femme et aux enfants le minimum des ressources nécessaires dans le cas où le mari abuse de ses pouvoirs. Tous les revenus et tous les gains sont, à moins de conventions contraires, entre les mains du mari. Lorsqu'il oublie ses devoirs de père de famille, la femme n'a qu'un moyen légal d'assurer son entretien et celui de ses enfants : c'est de demander la séparation de biens. Nous adressons à ce système la même critique qu'à la communauté allemande : la loi devrait donner à la femme le droit de se constituer par son travail un pécule à l'abri des abus de son mari. Cette idée n'est en rien contraire à la notion de communauté. Les législations scandinaves en fournissent la meilleure preuve.

**3. — La communauté dans les pays scandinaves.****Lois genevoise et belge.**

Des lois récentes en Danemark, en Suède et en Norvège, ont pourvu aux nécessités pratiques dont nous venons de parler, tout en conservant la communauté comme régime de droit commun. On a su dans ces pays combiner de la façon la plus heureuse la puissance maritime avec la protection et les droits de la femme, en établissant entre les époux une société dont le mari est le chef, mais où la femme, associée en second, a ses attributions propres et un rôle actif très important comme agent d'économie.

En Danemark, la femme était jadis incapable et sous la tutelle de son mari. La loi du 7 mai 1880 lui reconnut le droit de disposer, sans autorisation, du produit de son travail, pourvu que son industrie ne fût pas alimentée par les deniers du mari ou de la communauté (1), et déclara que cette valeur échapperait aux créanciers du mari *tant que la femme vivrait* (art. 1). Ces derniers mots méritent d'être soulignés ; car ils montrent bien que la femme n'a pas sur le produit de son travail un droit de propriété absolu et séparé. Ses gains *sont des biens communs*, puisque plus tard les créanciers du mari pourront les saisir. Mais ce sont des biens com-

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1880, p. 533.



muns soustraits aux pouvoirs du mari et confiés par la loi à la garde vigilante de la mère de famille. La loi du 7 avril 1899 dégagea le principe qui était contenu en germe dans cette réforme, en déclarant la femme mariée aussi capable que si elle était célibataire (§ 10) ; et elle en tira de nouvelles conséquences, sans toutefois donner à la femme les mêmes pouvoirs qu'au mari (1). Celui-ci reste le gérant légal de la communauté qui est universelle ; il est seulement obligé d'obtenir le consentement de la femme pour aliéner les immeubles ou les valeurs inscrites à son nom qu'elle a mises dans la communauté ; il ne peut, de sa seule initiative, faire des donations excédant en valeur 5 0/0 du montant net de l'avoir commun à l'expiration de la dernière année écoulée. La femme peut le remplacer dans la gestion des biens communs soit en vertu de sa procuration, soit de plein droit lorsqu'il est absent ou interdit, et elle oblige la communauté par les contrats qu'elle passe pour l'entretien du ménage. Enfin les époux peuvent par convention limiter leur communauté ; en pareil cas la femme dispose librement des propres qu'elle se réserve, mais cette liberté peut être restreinte par le contrat de mariage (§ 25). La femme ne jouit donc d'une indépendance absolue qu'autant qu'il s'agit de ses gains personnels.

La loi norvégienne du 29 juin 1888 (2) pose en prin-

(1) Lehr, *Eléments de droit scandinave*, pp. 303 et 308.

(2) Traduction Dareste, *Ann. de législ. étrangère*, 1889, p. 762.

cipe que la femme mariée est aussi capable que la femme non mariée (art. 11), et décide d'autre part que la communauté universelle est administrée par le mari seul. Toutefois il ne peut, sans le consentement de sa femme, aliéner les immeubles ruraux qu'elle a mis en communauté, ni disposer à titre gratuit de plus d'un dixième des biens communs : s'il outrepassé ses pouvoirs, dans le premier cas, la femme peut, dans le délai d'un an, demander la nullité de la vente, dans le second cas, elle peut refuser de contribuer à la donation (art. 14-16). Quand les époux se sont réservé des propres, ils les administrent chacun de leur côté. La femme qui, dans ses fonctions de ménagère, oblige normalement la communauté, peut, si elle le veut, engager aussi ses propres (art. 18). Enfin, sans qu'il soit besoin d'aucune convention, elle dispose librement du produit de son travail (art. 31), et peut soustraire, sa vie durant, aux créanciers de son mari ce pécule qu'elle amasse elle-même, qu'elle gère avec pleins pouvoirs, mais dont elle n'est pourtant point propriétaire unique. Cette législation est conçue dans le même esprit que la loi danoise. Elle n'en diffère que par des points de détail.

La loi suédoise, moins avancée que les autres, est entrée elle aussi dans la voie des réformes. Le Code suédois de 1734 (*titre du mariage*, chap. 10), établissait entre les époux une communauté de meubles et acquêts qui ressemble beaucoup à la nôtre ; il déclarait qu'à partir de la célébration du mariage chacun des

époux avait droit à la moitié des biens qui composent la communauté, mais que le mari administrait seul. Le mari était aussi chargé de gérer les propres de sa femme; il ne pouvait les charger ni en disposer sans son consentement; mais ses pouvoirs sur les biens communs étaient très étendus. Ils ont été limités par la loi du 11 décembre 1874 qui exige le concours de la femme pour certains actes d'aliénation. La même loi a donné à la femme la propriété de son salaire mais en décidant que les achats qu'elle ferait sur son argent tomberaient dans la communauté (1). Enfin la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1898 a déduit les justes conséquences du droit de la femme dans la communauté en décidant qu'elle suppléerait son mari dans *tous les cas* où il ne peut remplir ses fonctions; toutefois elle ne peut aliéner ou hypothéquer un immeuble qu'avec autorisation du juge et avis des plus proches parents du mari.

Ce n'est encore là qu'une réforme partielle. Il est probable que la loi suédoise subira un nouveau remaniement comme la loi danoise. Ce mouvement législatif est pour nous du plus haut intérêt, car il montre que, sans tomber dans les excès de la doctrine féministe, on peut tenir compte de ses critiques, rajeunir la communauté, et, sans bouleverser les institutions, donner à la femme sa véritable place dans l'union conjugale.

Sur un point cependant, les lois norvégienne et da-

(1) D'Olivecrona, *Revue de droit international*, t. XV, pp. 54 et suiv.

noise sont de nature à provoquer des abus : la femme dispose de son salaire avec une liberté absolue. Ne devrait-il pas y avoir une limite à ses droits ? La nature même des relations conjugales ne veut-elle pas que le mari puisse critiquer l'emploi que fait la femme de son activité et du produit qu'elle en retire ? La question est certainement très délicate : car tout contrôle du mari menace de dégénérer en vexation, d'enlever à la femme l'exercice de ses droits au moment même où elle en aurait besoin. La loi genevoise du 7 novembre 1894 (1), qui a modifié dans le canton de Genève les règles de la communauté légale française en donnant à la femme des droits sur son salaire, ne lui donne que les pouvoirs d'une femme séparée de biens (art. 1), c'est-à-dire des pouvoirs de large administration, ce qui peut comprendre les dépenses faites pour l'entretien journalier, mais non des droits absolus de disposition exempts de tout contrôle. Cette loi, comme les lois scandinaves, assigne aux gains de la femme le caractère de biens communs, en ordonnant qu'ils soient rapportés à la communauté au jour de la dissolution ; d'autre part elle dénote davantage l'intransigeance d'un féminisme peu éclairé, lorsqu'elle transforme le droit de la femme à son salaire en un principe d'ordre public, auquel elle ne saurait déroger même par contrat de mariage (2). Au contraire,

(1) *Ann. de législ. étrangère*, 1895, p. 634.

(2) V. pour les discussions qui eurent lieu sur ce point : *Mémoriai des séances du grand conseil*, 1894, n° 37, pp. 1414-1431 ; et L. Brédel, *la Tribune de Genève*, 40 et 41 février 1895.

elle se montre plus modérée, plus attachée à nos traditions matrimoniales, lorsqu'elle met des bornes à l'indépendance de la femme. Moins homogène dans ses dispositions que les lois scandinaves, moins importante aussi, puisqu'elle porte sur un seul point au lieu de réaliser une réforme générale, cette loi est fort utile à comparer avec elles, car elle indique un remède aux inconvénients signalés (1).

J'en dirai autant de deux lois belges récentes, qui ont réglé les conditions dans lesquelles la femme mariée peut louer ses services et profiter du produit de son travail. L'une, du 10 mars 1900 (2), met à l'abri des créanciers du mari les instruments de travail de la femme et ce qu'elle prouve avoir acquis par son travail ou acheté avec ce qu'elle gagne. Elle donne en outre à la femme le droit de contracter des engagements de travail, de toucher son salaire et d'en disposer *pour les besoins du ménage*, et réserve au mari le droit de faire opposition sur le salaire si la femme abuse de sa liberté : le conflit des époux est alors tranché par les tribunaux suivant une procédure expéditive. L'autre, du 10 février 1900 (3), permet à la femme de placer ses économies à la caisse d'épargne et de retirer sans l'assistance de son mari les sommes placées, jusqu'à concurrence de cent

(1) V. l'analyse détaillée de cette loi avec détails intéressants sur les travaux préparatoires dans Guntzberger, *op. cit.*, pp. 180 et suiv.

(2) *Moniteur* du 14 mars 1900.

(3) *Moniteur* des 12 et 13 février 1900.

francs par mois, *en vue de subvenir aux besoins du ménage*. Un droit d'opposition est aussi réservé au mari à charge de prouver que la femme abuse de ses droits.

Ces lois, outre l'intérêt qu'elles présentent en regard des lois scandinaves, prennent à nos yeux une importance toute particulière, puisqu'elles ont modifié sur des territoires voisins du nôtre notre propre législation. A ce double titre, elles m'ont paru dignes d'être signalées et de couronner ce rapide examen des législations étrangères (1).

(1) Une étude complète de droit comparé sur ces questions comporterait l'exposé du système admis par M. Huber et ses collaborateurs dans leur *Avant-projet de Code civil suisse*. Mais, me bornant à indiquer ici des *types* caractéristiques de législation matrimoniale, je n'ai pas cru devoir m'attacher à cet Avant-projet, qui pourtant, par sa date récente, semblait indiqué comme un champ d'étude encore inexploré. En effet, ses auteurs paraissent avoir été guidés par les mêmes idées que le législateur allemand ; ce sont les mêmes institutions que dans le code de 1900 : capacité de la femme et fonctions diverses des époux (§§ 178 et suiv., 209-212) ; liberté d'action de la femme limitée seulement par la puissance maritale (§§ 182, 186) ; ingérences fréquentes du juge pour empêcher les abus de droit (§§ 183, 184, 186-189) ; biens réservés à chacun des époux (§§ 215-217) ; régime de droit commun (*Güterverbindung*) qui n'est autre que la communauté d'administration (§§ 226 et suiv.) ; enfin communautés conventionnelles plus ou moins étendues mais fort analogues aux communautés allemandes. On pourrait de même faire de nombreux rapprochements entre les Motifs du code allemand et les idées exprimées par M. Huber dans son Rapport (*Erläuterungen zum Voruntwurf*), sur la capacité et les pouvoirs de la femme, pp. 103 et suiv. ; sur le choix de l'*union des biens* comme régime de droit commun, pp. 116 et suiv. ; sur les biens réservés, pp. 165 et suiv. — Il y a pourtant quelques différences notables : ainsi, sous tous les régimes nous trouvons des biens réservés légaux (§ 217) ; et le mari peut toujours demander la séparation de biens (§ 199) cf. *suprà*, pp. 354, 357-358.



## CONCLUSION

Après avoir interrogé les lois matrimoniales des autres pays, si l'on jette les yeux sur la nôtre, on s'aperçoit qu'elle s'est tenue jusqu'à présent à l'écart d'un mouvement général de réforme qui tend à donner à la femme des droits plus importants dans le ménage. Quelques lois timides et insuffisantes pour lui faciliter l'épargne, voilà tout ce que nos législateurs ont fait jusqu'à ce jour. Des propositions ont été déposées à la Chambre pour assurer à la femme la libre disposition de son salaire : un projet présenté par MM. Jourdan et Dupuy-Dutemps le 22 juillet 1890 (1) subordonnait ce droit à une autorisation de la justice, donnait même à la femme, moyennant les mêmes conditions, le droit de saisir une partie des salaires de son mari, enfin organisait une procédure rapide et peu coûteuse pour arriver à ces fins. Un autre projet déposé par M. Goirand le 7 juillet 1894, voté par la Chambre le 28 février 1896 (2), attribuait de plein droit à la femme la libre disposition de son salaire, mais faisait tomber en communauté les objets qu'elle achèterait avec le produit de son travail. D'autre part, il lui permettait, en cas d'abandon, de saisir moyennant l'autorisation du juge de paix tout ou partie

(1) *Journal officiel*, Chambre. Annexes 1890, n° 862, 1894, n° 803.

(2) *Idem*, Chambre. Annexes 1894, n° 80, 1896, n° 1609.

du salaire de son mari. D'après certains auteurs, il conviendrait que la femme eût, en vertu de la loi, la propriété absolue de ce qu'elle gagne (1), et suivant d'autres, qu'elle pût se réserver ce droit par une simple convention faite devant l'officier de l'état civil au moment du mariage (2).

De tout ce mouvement d'idées rien n'est encore sorti. Faut-il le regretter ? Nos législateurs, dans leurs discussions, se sont placés à un point de vue trop étroit et ont employé une mauvaise méthode législative qui ne pouvait rien produire de bon. On a été particulièrement frappé des inconvénients que présente notre communauté légale dans les classes laborieuses ; on a dit, non sans raison, que ce régime, s'il assurait à la femme certaines garanties dans les milieux aisés se traduisait dans les ménages ouvriers par le despotisme du mari et l'esclavage de la femme (3). On a fait des tableaux saisissants de ces intérieurs pauvres où la femme gagne péniblement de quoi subvenir aux besoins les plus pressants et se voit enlever par un mari

(1) Mlle Chauvin, thèse, Paris, 1893.

(2) Cauwès, *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée*, Paris, 1894. Nous ne faisons qu'indiquer sommairement tous ces systèmes. Ils ont été exposés en détail dans les thèses de MM. Guntzberger, cit., Leduc, *La femme et les projets de lois relatifs à l'extension de sa capacité*, Paris, 1898, et Petit, *Le droit de la femme mariée sur le produit de son travail*, Paris, 1899.

(3) Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, 1886, p. 58 et suiv. ; L. Bridel, *Revue critique*, 1893, p. 206 et suiv. ; J. Rive, *Questions pratiques de la législation ouvrière*, février 1901.

ivrogne et débauché le produit de son labeur. Aucun recours contre de pareils abus : le mari peut s'emparer du gain de sa femme, le dissiper dans des milieux immondes, et laisser sa famille dans l'abandon et la détresse ; il en a le droit ! La loi n'offre à la femme qu'un remède héroïque et coûteux, la séparation de biens. Aussi arrive-t-il que la femme, obligée de s'engager dans une procédure longue et onéreuse, préfère en venir à une séparation complète et demander le divorce ; ne voyant plus dans le mariage que misère et esclavage, elle cherchera dans l'union libre plus de bonheur et d'indépendance. Et l'on apporte des statistiques qui témoignent du nombre sans cesse croissant des divorces, de la diminution effrayante des unions et des naissances légitimes, en un mot d'une démoralisation profonde et d'un état social déplorable dans la partie la plus nombreuse de la population.

Ces peintures, un peu exagérées, ont une grande part de vérité. Est-ce seulement à nos lois matrimoniales qu'il faut imputer ces désordres ? et peut-on attendre d'une réforme législative le relèvement moral qu'espèrent les novateurs ? L'histoire a bien des fois prouvé que les lois les mieux intentionnées sont impuissantes à corriger les mœurs. On doit essayer toutefois de ne pas rendre la loi complice des iniquités qu'on nous signale. Mais a-t-on mis le doigt sur le vice initial de la loi ? s'est-on rendu compte de tous les abus qu'elle engendre dans les différents milieux ? est-on remonté à la

cause commune de tous ces abus ? Non, le législateur n'a eu en vue que les misères des ménages ouvriers, et c'est sur ce point unique qu'il a entendu faire porter ses réformes, sans se demander si elles seraient en harmonie avec le reste de la législation. Démosthène, reprochant aux Athéniens de n'avoir aucun esprit de suite dans leur conduite politique, les comparait à un lutteur qui, frappé sur un point, se hâte de se couvrir de ce côté pendant que l'adversaire lui porte ailleurs un nouveau coup. Ne peut-on pas adresser le même reproche à nos législateurs ? En 1896, à une séance de la Société de législation comparée (1), M. Challamel critiquait cette méthode qui consiste à faire des lois en vue d'une situation spéciale, en faveur d'une catégorie de citoyens, et disait avec raison que le véritable progrès législatif consistait à faire un droit commun dont tout le monde pût s'accommoder. Le 4 juin dernier, M. Dejace, professeur à Liège, dans un rapport fait devant la Société d'économie sociale, sur les améliorations récemment apportées en Belgique au sort de la femme mariée ouvrière, exprimait un regret de voir des réformes se glisser dans le droit matrimonial à l'état fragmentaire, et y introduire la confusion (2). Je sais bien que, dans d'autres pays, les réformes qui nous occupent se sont faites par tâtonnements. Mais ne vaudrait-il pas mieux mettre à profit ces expériences et arriver du premier coup à

(1) *Bulletin*, 1895-1896, p. 180.

(2) *La Réforme sociale*, 1<sup>er</sup> juillet 1901, p. 74.

des améliorations d'une portée générale, à une législation logique et homogène, que de procéder par retouches successives qui laissent subsister pour des années peut-être des incohérences et des incertitudes ? On se demande aujourd'hui comment la femme incapable peut de sa seule initiative réaliser et placer des économies. Comment expliquera-t-on qu'elle puisse disposer à son gré du produit de son travail ? Et si l'on donne à la femme ouvrière le moyen de soustraire son salaire aux abus de son mari, comment comprendra-t-on que, dans certaines circonstances, la femme aisée se trouve dans l'alternative de séparer entièrement ses intérêts de ceux de son mari, ou d'abandonner sa fortune à sa discrétion ?

Il ne s'agit point, qu'on le remarque bien, de bouleverser notre régime matrimonial, de détruire l'ancien édifice et d'élever sur des bases nouvelles tout un monument législatif. Des féministes convaincus et ardents assurent que la séparation de biens est le seul régime matrimonial qui convienne à la société moderne. M. Bridel, dans toutes ses brochures, dans tous ses articles, fait l'éloge des innovations anglo-saxonnes : séparer les intérêts des époux, voilà selon lui le seul moyen d'assurer la paix du ménage ; c'est son « *Delenda est Carthago* ». Et la loi genevoise de 1894 a été considérée par ses promoteurs comme la première étape d'un mouvement législatif qui doit aboutir à l'indépendance absolue de la femme dans la gestion de ses intérêts pécuniaires.

Je suis convaincu au contraire que le véritable progrès doit consister dans un lien plus étroit des intérêts conjugaux, dans un retour à cette notion de société qui est, ne l'oublions pas, notre véritable tradition nationale, et qui n'a été que trop désertée par des auteurs égarés dans l'étude de la civilisation antique. M. de la Grasserie, dans une étude de droit comparé sur les régimes matrimoniaux (1), observe quelle influence a la religion sur les lois du mariage, même sur ses règles purement pécuniaires. Dans les pays protestants, le divorce, admis par la religion aussi bien que par la loi, a passé dans les mœurs ; on conçoit dès lors, que les époux, unis seulement pour quelques années, pour quelques mois peut-être, se gardent de confondre leurs intérêts. Au contraire, dans les pays catholiques, où le divorce reste le fruit défendu, dans des contrées où philosophes, dramaturges, journalistes, se faisant l'écho de l'opinion publique, s'accordent avec les prédicateurs pour déplorer une institution contraire à des traditions toujours vivantes, les règles pécuniaires du mariage tendent à confondre les intérêts de deux époux, que l'on considère, en dépit de la loi, comme unis pour la vie (2). Dans les pays latins, cette idée de communauté a été

(1) *Revue générale du droit*, 1901, pp. 42 et suiv.

(2) M. Lefebvre, à la fin de la conférence qu'il fit récemment sur le mariage au temps de saint Louis, a dit aussi que « si le divorce, plus largement admis ou toléré, venait à se répandre dans les classes aisées, la communauté fléchirait devant les régimes de dot ou de séparation de biens » (p. 37).



entravée dans son développement par la renaissance d'institutions païennes qui n'étaient point faites pour le mariage indissoluble. Une lutte s'est engagée, en France, en Espagne, en Italie, entre le régime dotal romain et la communauté d'inspiration chrétienne. Nous avons vu presque partout la communauté prendre le dessus et la femme devenir de plus en plus l'associée du mari. Notre pays est-il aujourd'hui tellement libre-penseur, qu'il faille renoncer à la lutte et abandonner ces traditions généreuses ? Il n'y a point de revue, de recueil, de journal où l'on ne se plaigne du nombre croissant des divorces, où l'on ne dénonce la facilité déplorable avec laquelle nos juges dénouent « le lien sacré du mariage ». N'est-ce point l'indice le plus certain que nos mœurs demeurent imprégnées du précepte chrétien : « Quod Deus conjunxit, homo non separet » ? Rien ne presse d'abandonner un régime matrimonial qui a été conçu comme accessoire du mariage indissoluble. Nous voudrions au contraire lui restituer sa physionomie première de *société conjugale*, en tenant compte toutefois des transformations économiques profondes qui se sont opérées depuis plusieurs siècles.

Une première réforme sur laquelle tout le monde est d'accord, c'est d'abolir l'incapacité du sexe. Sur ce point les défenseurs du passé se rencontrent avec les novateurs : car au temps de Beaumanoir, cette institution romaine n'avait pas encore été importée dans nos coutumes. Au contraire, on devra, croyons-nous, se

séparer du passé lorsqu'il s'agira de désigner les biens qui composeront la communauté. La vieille distinction entre meubles et immeubles, l'ancienne idée qu'il faut conserver les héritages dans les familles, ne correspondent plus à rien aujourd'hui. Reste donc à choisir entre communauté d'acquêts et communauté universelle. Celle-ci est seule possible comme régime de droit commun, car la première soulève, pour la distinction entre propres et biens communs, des questions de preuves qui rendent indispensable un contrat de mariage. Elle est aussi plus conforme à nos vues, puisqu'elle réalise dans une plus large mesure l'union des intérêts : enfin dans les ménages pauvres, qui vivent du produit de leur travail, dans les ménages qui n'ont pas le moyen de faire un contrat de mariage (et c'est pour ceux-là surtout qu'est fait le régime de droit commun), la communauté, quelle qu'elle soit, se ramène, ou peu s'en faut, à une communauté universelle. Ces motifs ont décidé M. Laurent, dans son avant-projet, à faire entrer tous les biens des époux dans la communauté de droit commun (1).

Nous nous rencontrons avec lui sur ce point. Mais nous ne le suivons point dans les règles de la gestion. Le mari doit rester le gérant et le représentant légal de la communauté. On supprimera seulement ce qui peut rappeler son ancien droit de « seigneur et maître ». Par-

(1) Laurent, *Avant-projet*, art. 1443, t. V, pp. 17-20.

ticulièrement, il lui sera défendu de disposer seul à titre gratuit d'un bien commun, quel qu'il soit, si ce n'est pour les présents d'usage. Les lois scandinaves nous fournissent d'excellents modèles. Elles me semblent avoir, mieux que toute autre, compris ce que doit être la société conjugale, en ordonnant d'un côté le concours de volonté des époux pour tous les actes graves, tels qu'aliénations et engagements importants, et en déférant à un juge le pouvoir de décider dans le cas où ce concours ne peut s'établir ; en faisant de l'autre un partage d'attributions entre les époux pour les actes de gestion ordinaires, en attribuant au mari la direction générale du patrimoine et des gros intérêts, avec un pouvoir de décision dans toutes ces questions de large administration que l'on appelle dans le langage courant *les affaires d'argent*, et en confiant d'autre part à la femme le soin des menus intérêts quotidiens, la chargeant d'organiser les dépenses suivant les revenus du ménage, l'appelant au besoin à remplacer son mari pour des affaires plus importantes, lui permettant enfin de se constituer par son travail et son économie un petit fonds de réserve, qui ne pourra être engagé sans son consentement, et qui servira à faire vivre la famille dans les mauvais jours. Je voudrais voir établir chez nous une législation de ce genre. Toutefois le respect de la puissance maritale, le principe de l'unité de direction dans le ménage exigerait, me semble-t-il, que l'on empêchât la femme de sortir de son rôle de ménagère et

d'associée en second. Voilà pourquoi il serait utile de réserver au mari un droit de surveillance. Aussi bien, l'on pourrait décider, comme le Code espagnol, que la femme, dans ses fonctions domestiques, oblige le mari à titre principal, ne s'engageant elle-même qu'à titre accessoire ; et alors se justifierait mieux encore le droit de surveillance du mari. Enfin, lorsque l'un des conjoints outrepasserait ses pouvoirs, l'autre pourrait recourir à la justice pour faire réprimer les abus. Par exemple la femme pourrait faire prononcer la nullité des actes de disposition faits par le mari sans son consentement. Les partisans de la séparation de biens s'écrient que c'est multiplier les procès entre époux. Tout dépend de la façon dont est faite la loi. Si elle délimite nettement les attributions des deux époux, si elle précise et réduit à un petit nombre les actes qui nécessitent leur concours, pourquoi ce régime enfanterait-il plus de procès qu'un autre ? Ce reproche est mérité par un projet qui veut que les époux s'entendent pour les actes les plus insignifiants ; il ne saurait atteindre un système où chacun des conjoints associés a son rôle précis et indépendant. Au surplus, quand le mari dissipe le capital, ou quand la femme gaspille en frivolités les revenus qu'elle devrait employer aux soins du ménage, quel parti vaut le mieux, de laisser aux époux la liberté de se ruiner chacun de leur côté, ou de leur fournir un moyen légal pour faire rentrer leur associé dans son rôle et le rappeler à l'exécution de ses engagements ? L'indépendance absolue des

conjointes ne se conçoit pas plus que le despotisme du mari. Le mariage entraîne de part et d'autre certaines obligations dont on doit pouvoir exiger au besoin l'exécution en justice. Ce que l'on désire seulement, c'est que les conflits entre époux soient réglés de la façon la plus expéditive. Voilà pourquoi en Allemagne ils sont soumis au tribunal des tutelles ; voilà pourquoi en Danemark, en Norvège, en Belgique, à Genève, on a organisé des procédures rapides et peu coûteuses ; il faudrait faire en France une réforme analogue, car il ne servirait à rien de définir les droits et les obligations de chacun des deux conjoints, s'ils n'étaient sanctionnés que par d'interminables procédures.

Dans une communauté ainsi réglée, les règles de la liquidation seraient bien plus simples qu'elles ne le sont aujourd'hui. L'ensemble des biens communs, y compris les économies réalisées par la femme, serait partagé entre les époux. Le mari devrait seulement compte à sa femme des actes par lesquels il aurait outrepassé ses pouvoirs. Les obligations de la femme à l'égard des créanciers seraient réglées de la façon suivante : sur la part qu'elle recueillerait dans les biens administrés par le mari, elle répondrait des engagements où elle aurait figuré, ou de ceux que le mari aurait contractés seul, dans les limites de ses pouvoirs ; sur ce qu'elle garderait de ses économies, elle ne répondrait que de ses engagements personnels ; encore concevrait-on que la femme, qui s'oblige avec son mari, stipulât la réserve

de son pécule. Ces dispositions remplaceraient avantageusement, dans des milieux pauvres, les droits de renonciation et le bénéfice d'émolument, qui sont souvent illusoires.

A côté de ce régime de droit commun, on pourrait établir par convention des communautés plus réduites, dans lesquelles la femme se réserverait une partie de ses biens, soit pour les administrer et en jouir elle-même, soit pour les confier à son mari, qui en serait responsable, et dont les immeubles seraient de plein droit grevés d'une hypothèque. Une grande partie des institutions actuelles serait donc conservée, là où elles sont utiles, c'est-à-dire dans les familles aisées.

Il ne peut s'agir bien entendu, de dresser ici un avant-projet de révision de nos régimes matrimoniaux. Nous avons voulu seulement dégager les idées qui nous paraissent devoir guider le législateur dans son œuvre de réforme. L'esquisse rapide que nous venons de faire d'une communauté universelle de droit commun, n'est que l'application de trois principes conformes aux nécessités de l'heure présente comme à nos véritables traditions coutumières, et dignes à ce double titre d'inspirer le législateur de l'avenir. Bien des questions de détail demandent encore un examen approfondi. Mais nous croyons qu'une étude de ces problèmes doit partir de ces trois idées fondamentales : qu'il faut établir entre les époux dès le temps du mariage une véritable société de biens, — que la première condition de cette



réforme est de restituer à la femme sa capacité juridique, — que néanmoins les attributions des deux époux ne doivent pas être les mêmes, et que le mari doit conserver un pouvoir de direction sur l'ensemble du patrimoine.

Le jour où l'on établira chez nous un régime de droit commun basé sur ces données, il ne restera presque rien de la pensée de Dumoulin. On aura effacé de notre droit jusqu'aux derniers vestiges des idées antiques sur le rôle de la femme, on aura restitué à l'épouse et à la mère de famille la place qui lui est due. Nous appelons de nos vœux cette réforme et nous traduisons, cette fois dans un sens tout nouveau, les fameuses paroles du jurisconsulte, en disant que, si la femme n'est pas encore une véritable associée, nous espérons la voir, dans un avenir rapproché, investie de tous ses droits dans l'association conjugale.

Vu :

Le Président de la thèse,  
CH. LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,  
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,*  
GRÉARD.







---

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

---